



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.918 - RJ (2015/0157705-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RUAN OLIVEIRA BORGES

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA QUALIFICADA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES DO PACIENTE. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 444 DA SÚMULA DESTA CORTE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DO DELITO DE ROUBO MAJORADO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. PENA REDIMENSIONADA E NOVO REGIME. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA REDUZIR A PENA APLICADA E MODIFICAR O REGIME FIXADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. No tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (*HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015*).

3. Pela leitura da sentença e do acórdão recorridos, denota-se que, na primeira fase da dosimetria da pena, o afastamento do mínimo legal baseou-se unicamente no fato de o acusado estar respondendo por homicídio qualificado, o que demonstraria sua inclinação ao cometimento de crimes graves.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Entretanto, anotações constantes na folha de antecedentes criminais, sem notícia de trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração negativa dos vetores elencados no art. 59 do Código Penal, *ex vi* da Súmula n. 444/STJ.
5. Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".
6. No caso, foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3, considerando apenas a quantidade de majorantes imputadas, deixando de apontar fundamentação concreta que justificasse a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3.
7. Redimensionadas as penas, o novo patamar comporta regime de cumprimento menos gravoso, nos termos da Súmula n. 440/STJ.
8. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para reduzir as penas e fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.918 - RJ (2015/0157705-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RUAN OLIVEIRA BORGES

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de RUAN OLIVEIRA BORGES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, nos autos da Apelação n. 0026556-77.2013.8.19.0002, negou provimento ao recurso.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime fechado, mais 45 dias-multa, como incurso nos arts. 157, § 2º, incisos I e II, e 329, § 1º, ambos do Código Penal, em concurso material.

Na presente impetração, a defesa insurge-se contra a dosimetria da pena imposta, alegando ofensa aos verbetes sumulares n. 443 e n. 444 desta Corte. Requer, liminarmente e no mérito, a redução das penas-base para o mínimo legal e, em relação ao delito de roubo majorado, a incidência da fração mínima de 1/3 na terceira fase da dosimetria, adequando-se, por conseguinte, o regime prisional.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 61/62).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão parcial da ordem *ex officio*, apenas para reduzir as penas-base dos delitos a que foi condenado o ora paciente (e-STJ fls. 71/82).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.918 - RJ (2015/0157705-8)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que negou provimento ao apelo interposto pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso especial.

Assim, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Como é cediço, no tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (*HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Ficher, Quinta Turma, DJe 12/3/2015*).

No caso, ao fixar as penas dos delitos de roubo majorado e resistência qualificada, assim se pronunciou o magistrado *a quo*:

DO ROUBO QUALIFICADO

Analizando as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, verifico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o acusado está respondendo por homicídio qualificado na 3ª Vara Criminal desta Comarca e encontra-se preso com julgamento pelo Juri designado para o dia 31/07/2014, o que demonstra sua inclinação ao cometimento de crimes graves, e, assim, fixo a pena base acima do mínimo legal em cinco anos de reclusão e trinta dias-multa com base no coeficiente mínimo legal.

Em razão das duas qualificadoras reconhecidas, e considerando a potencialidade lesiva no caso em tela, aumento a pena pela metade, restando a mesma em SETE ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO E QUARENTA E CINCO DIAS-MULTA com base no coeficiente mínimo legal, as quais torno definitivas por não haver outra causa modificadora.

DA RESISTÊNCIA QUALIFICADA

Analizando as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, verifico que o acusado está respondendo por homicídio qualificado na 3ª Vara Criminal desta Comarca e encontra-se preso com julgamento pelo Juri designado para o dia 31/07/2014, o que demonstra sua inclinação ao cometimento de crimes graves, e, assim, fixo a pena base acima do mínimo legal em UM ANO E TRÊS MESES DE RECLUSÃO, a qual torno definitiva.

A soma das penas corporais totaliza oito anos e nove meses de reclusão (e-STJ fl. 57).

O Tribunal local, ao julgar a apelação defensiva, manteve as penas fixadas na sentença, tendo o voto condutor do acórdão asseverado que:

Não assiste razão à defesa quanto ao pleito de fixação da pena-base no patamar mínimo legal. A fixação da reprimenda penal, na 1ª fase da dosimetria, para ambos os delitos, acima do patamar mínimo deu-se de forma fundamentada ao contrário do afirmado pela defesa do apelante.

(...)

Assim, o quantum aplicado na primeira fase se mostra razoável e proporcional, não merecendo qualquer reparo, estando a pena base estabelecida em consonância com o disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, restando fundamentada pela “inclinação ao cometimento de crimes graves” (e-STJ fls. 20/21).

Pela leitura da sentença e do acórdão recorridos, denota-se que, na primeira fase da dosimetria da pena, o afastamento do mínimo legal baseou-se unicamente no fato de o acusado está respondendo por homicídio qualificado, o que demonstraria sua inclinação ao cometimento de crimes graves.

Contudo, sabe-se que anotações constantes na folha de antecedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminais, sem notícia de trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração negativa dos vetores elencados no art. 59 do Código Penal, *ex vi* da Súmula n. 444/STJ, segundo a qual "*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*".

Portanto, imperiosa a redução das penas-base aplicadas aos mínimos legais previstos para os tipos penais de roubo majorado e resistência qualificada.

A defesa alega, também, em relação ao crime de roubo majorado, ofensa à Súmula n. 443/STJ, que dispõe:

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

No caso, o Juízo *a quo* aumentou a pena provisória em 1/2, argumentando que:

Em razão das duas qualificadoras reconhecidas, e considerando a potencialidade lesiva no caso em tela aumento a pena pela metade, restando a mesma em SETE ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO E QUARENTA E CINCO DIAS-MULTA. (e-STJ fl. 57).

O Tribunal de origem manteve a fração de aumento, tendo o voto condutor do acórdão consignado:

Por outro lado, também não procede o pleito da defesa de redução da fração de 1/2 aplicada na terceira fase da dosimetria da sanção, pois o sentenciante aplicou o mencionado percentual considerando as duas qualificadoras, reflexo de uma conduta toda inclinada para a criminalidade. (e-STJ fl. 23).

Conforme se observa do trecho destacado da sentença, confirmada pelo Tribunal *a quo*, na terceira fase da dosimetria da pena foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3, considerando apenas a quantidade de majorantes imputadas, deixando de apontar uma fundamentação concreta que justificaria a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3.

Nesse sentido, destaco:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INQUÉRITOS E AÇÃO PENAL EM CURSO. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 444 DO STJ. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, a título de indicador de maus antecedentes, de conduta social negativa ou de a personalidade do agente ser voltada para o crime. Inteligência do Enunciado Sumular n. 444 do STJ, segundo o qual "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

2. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

3. O Juiz de primeiro grau utilizou o critério quantitativo e apenas descreveu as respectivas causas de aumento, já elencadas no texto da lei.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base do paciente Adilson no mínimo legal e para reduzir à fração de 1/3 o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria em relação aos dois pacientes. (HC 289.895/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 01/06/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E DOS ANTECEDENTES. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 444 DA SÚMULA DESTA CORTE. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Aplica-se ao caso o enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, segundo o qual é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

- A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência.

- "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" - enunciado n. 443 da Súmula desta Corte. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente. (HC 307.978/SP, de minha Relatoria, julgado em 18/06/2015, DJe 25/06/2015).

Dessa forma, necessária a realização de nova dosimetria.

Na primeira etapa, em razão da aplicação do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, fixo as penas-base no mínimo legal, mantidas no mesmo patamar na segunda etapa, em razão da ausência de atenuantes e agravantes.

Assim, para o delito de resistência qualificada, previsto no art. 329, § 1º, do CP, fixo a pena definitiva em 1 ano de reclusão, pois também ausentes causas de aumento ou de diminuição da pena.

Já para o delito de roubo majorado, fixo a pena provisória em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na terceira fase, ante a incidência das majorantes previstas no art. 157, § 2º, I e II, do CP, aplico a fração de aumento no patamar mínimo de 1/3, ficando a pena definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Pela regra do concurso material (art. 69 do CP), promovo o somatório das penas, restando a reprimenda total em 6 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Quanto ao regime, constata-se que, na sentença, foi estabelecido o fechado, com base na seguinte fundamentação:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime inicial para cumprimento de pena será o FECHADO pela soma total das penas corporais, pelas razões elencadas na fixação da pena base e por ser o regime mais indicado para a reprovação dos crimes de roubo à mão armada que assolam a sociedade local sobremaneira. (e-STJ fl. 57).

A teor do enunciado n. 440 constante da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, "*fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*".

Na mesma esteira, há os enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, diante do novo patamar da pena imposta ao paciente e considerando que a fundamentação utilizada na sentença para o regime mais gravoso não é idônea, pois baseada apenas na gravidade abstrata do delito de roubo majorado, modifico o regime para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem *ex officio*, redimensionando a pena total do paciente para 6 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 13 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0157705-8

HC 328.918 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00265567720138190002 265567720138190002

EM MESA

JULGADO: 01/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: RUAN OLIVEIRA BORGES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.