



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 548.586 - RJ (2019/0356924-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
LAURA JULIA ANDRADE FONTENELLE - RJ078959
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GUILHERME DOS SANTOS OLIVEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : GUILHERME DE SANTOS OLIVEIRA
PACIENTE : VINICIUS DUARTE FELIX
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS MAJORADOS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. OFENSA À SÚMULA 444/STJ EVIDENCIADA. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato delituoso. *In casu*, não se infere ilegalidade no ponto, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, máxime em razão do emprego de veículo na senda criminosa.

4. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

5. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos pacientes em 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, mais 16 dias-multa, ficando mantido o regime prisional fechado.

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 548.586 - RJ (2019/0356924-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
LAURA JULIA ANDRADE FONTENELLE - RJ078959
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GUILHERME DOS SANTOS OLIVEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : GUILHERME DE SANTOS OLIVEIRA
PACIENTE : VINICIUS DUARTE FELIX
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **GUILHERME DE SANTOS OLIVEIRA** e de **VINICIUS DUARTE FELIX** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 7 anos, 5 meses e 20 dias de reclusão, em regime prisional fechado, como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 70, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 35-40).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, nos moldes da seguinte ementa:

"APELAÇÃO – Arts. 157, § 2º, I e II, (2x) (vítimas Jeanette e Cristiane), n/f do 70, ambos do CP. Absolvidos do. 157, § 2º, I e II, do CP (vítima João Carlos). Pena de ambos os apelantes: 07 anos, 05 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 63 dias-multa. Apelantes, subtraíram, mediante o emprego de arma de fogo, bens de duas vítimas: veículo, documentos pessoais, dinheiro em espécie, cartões bancários e celulares. Posteriormente, abordaram e subtraíram, também com emprego de arma de fogo, bens de uma terceira vítima: documentos pessoais, cartões bancários, um celular e uma mala contendo roupas e uma câmera GoPro (absolvidos em relação a este delito).

SEM RAZÃO A DEFESA. Impossível a absolvição: Conjunto probatório robusto. Materialidade e autoria positivadas através do Registro de Ocorrência, autos de reconhecimento de objeto e prova oral colhida em Juízo.

Vítimas apresentaram versão firme e uníssonas entre si. Palavra dos lesados.

Especial relevância em crimes contra o patrimônio. Apelantes negaram laconicamente os fatos. Improsperável o afastamento da majorante do emprego de arma: Vítimas confirmaram a utilização da arma de fogo durante o crime. A causa de aumento incide mesmo que a arma de fogo não seja apreendida ou periciada, pois, no roubo, o que caracteriza a causa especial de aumento de pena referente ao emprego de arma é a ameaça causada à vítima. Impossível o reconhecimento do crime único: Ao subtrair os bens de duas vítimas, o apelante atingiu dois patrimônios distintos.

Dois crimes de roubo foram praticados, mediante uma só ação. Daí porque não há que se falar em crime único. Não há que se falar em fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base no mínimo legal: Pena exasperada em 01 ano reclusão, em razão da maior preparação e ousadia na prática de roubo, bem como pela existência de outros processos também pelo delito de roubo, o que indica inclinação para o cometimento reiterado deste tipo de crime. Juiz bem justificou a aplicação da pena, sendo necessária e suficiente à reprovação do fato criminoso. Incabível a aplicação do quantum de aumento decorrente da dupla majoração do roubo em seu patamar mínimo: A fração de 2/5 utilizada, na terceira fase da dosimetria, se coaduna à análise concatenada de todas as peculiaridades circundantes aos ilícitos sub examen.

Improsperável a fixação de regime prisional mais brando: Regime fechado se mostra o mais adequado para atender a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeitos na hipótese de um regime mais brando, ante a possibilidade de os apelantes não serem suficientemente intimidados a não mais delinquirem. Prequestionamento injustificado, buscando-se somente abrir o acesso aos Tribunais Superiores, mas tal tentativa mostra-se de balde, porque dito dispositivo não foi violado.

DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO" (e-STJ, fl. 12).

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "para estabelecer a pena-base o magistrado deve verificar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Tal exigência encontra fundamento no direito que o condenado tem de saber por que sua pena alcançou determinado montante, principalmente quando estabelecida acima do patamar mínimo. Ademais, tal procedimento propicia melhor análise sobre a legalidade da exacerbação da reprimenda básica"; b) "resta evidente que o aumento das penas-bases dos Pacientes se deu com apoio em fundamento inidôneo"; c) "resta evidente que o aumento das penas-bases dos Pacientes se deu com apoio em fundamento inidôneo"; d) "no caso concreto, os Pacientes são primários e possuem bons antecedentes, conforme demonstra sua FAC, mesmo a despeito da inidônea fixação da pena-base acima do mínimo legal" (e-STJ, fls. 3-11).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja revista a dosimetria da pena, bem como seja estabelecido o regime prisional semiaberto aos pacientes.

Indeferido pedido de liminar (e-STJ, fls. 60-61), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 72-73).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 548.586 - RJ (2019/0356924-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
LAURA JULIA ANDRADE FONTENELLE - RJ078959
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GUILHERME DOS SANTOS OLIVEIRA (PRESO)
OUTRO NOME : GUILHERME DE SANTOS OLIVEIRA
PACIENTE : VINICIUS DUARTE FELIX
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS MAJORADOS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. OFENSA À SÚMULA 444/STJ EVIDENCIADA. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato delituoso. *In casu*, não se infere ilegalidade no ponto, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, máxime em razão do emprego de veículo na senda criminoso.

4. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

5. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer a pena dos pacientes em 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, mais 16 dias-multa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ficando mantido o regime prisional fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

Está inscrito no acórdão ora impugnado:

"Não há que se falar em fixação da pena-base no mínimo legal:

É preciso ressaltar que, quanto à dosimetria da pena, importante observar que a enumeração do art. 59 do Código Penal, constitui critério norteador da prestação jurisdicional, afastando o arbítrio do julgador.

Entretanto, necessita o Juiz, para aplicação da pena, de certa dose de discricionariedade, sendo imperativo que se esteja sempre alerta para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar o quantum de restrição a ser imposta.

Ao aplicar a pena, o D. Magistrado o fez em atendimento ao sistema trifásico e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Observa-se que o Juiz Sentenciante exasperou a pena-base do apelante em 01 ano reclusão, fixando-a em 05 anos de reclusão, em razão da maior preparação e ousadia na prática de roubo, bem como pela existência de outros processos também pelo delito de roubo, o que indica inclinação para o cometimento reiterado deste tipo de crime.

Certo é que, não se pode dar tratamento igualitário para aquele que nunca se envolveu com qualquer ilícito e para quem faz do atuar criminoso um meio de vida, demonstrando, inclusive, ter má índole.

Isto seria inconstitucional, por atingir o princípio da proporcionalidade.

A sentença proferida não merece qualquer reforma no que tange à exasperação da pena-base.

De se concluir que, juiz *a quo* bem justificou a aplicação da reprimenda imposta aos apelantes, sendo necessária e suficiente à reprovação do fato criminoso.

Incabível a aplicação do *quantum* de aumento decorrente da dupla majoração do roubo em seu patamar mínimo:

A presença de mais de uma causa especial de aumento de pena no crime de roubo pode agravar a pena em até metade, quando o Magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da reprimenda acima da fração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínima, respeitando o entendimento consolidado no enunciado da Súmula nº. 443, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Na realidade, não fica o Juiz sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de majorantes para fixar a fração de aumento, pois, havendo nos autos elementos que conduzam à exasperação da reprimenda, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3.

Assim, diante da existência de duas causas de aumento no crime de roubo (emprego de arma e concurso de agentes) e da maior reprovabilidade da conduta, constata-se particularidades que autorizam a exasperação na fração de 2/5, realizada pelo Magistrado de primeiro grau.

Valoração esta que decorre da maior reprovabilidade da conduta dos agentes.

Desta forma, a fração utilizada pelo Juízo *a quo*, na terceira fase da dosimetria, se coaduna à análise concatenada de todas as peculiaridades circundantes aos ilícitos *sub examen*, ou seja, de todo o quadro fático apresentado.

Logo, não merece acolhida o pleito defensivo.

Improsperável a fixação de regime prisional mais brando:

A Defesa requer a fixação de regime menos gravoso para o início do cumprimento da pena.

De início, cabe repisar que o critério de fixação do regime prisional não deve ser visto somente pelo aspecto da ressocialização dos condenados, mas também em razão da segurança da sociedade.

Da análise dos autos, tem-se que o regime fechado se mostra o mais adequado para atender a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeitos na hipótese de um regime mais brando, ante a possibilidade de os apelantes não serem suficientemente intimidados a não mais delinquirem.

In casu, tratam-se de crime de roubo majorados pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes. As consequências que este tipo de delito gera em nossa sociedade são graves, pois leva medo e intranquilidade a todas as pessoas, que são obrigadas a transitarem sobressaltadas pela cidade, criando instabilidade social. Clama a sociedade por medidas mais eficazes e adequadas no sentido de conter a criminalidade.

Importante frisar que o crime de roubo não se compatibiliza com as regras brandas dos regimes aberto e semiaberto, por se tratar de delito violador de dois bens jurídicos (patrimônio e a incolumidade física ou psíquica) e que deve ser alvo do mais veemente e profundo repúdio por parte dos aplicadores da Lei Penal, como forma de resposta adequada ao injusto praticado e ao mal gerado à sociedade, ansiosa pela adoção de medidas mais graves e carente de uma correta e eficaz proteção, que se dá, sem sombra de dúvida, com o afastamento do convívio social daqueles que se dedicam ao cometimento de roubos.

Portanto, impossível a fixação de regime prisional mais brando" (e-STJ, fls. 19-22).

Com efeito, percebe-se que a pena-base dos réus foi estabelecida acima do piso legal com fundamento na valoração negativa das circunstâncias do crime e pela existência de feitos em curso em desfavor dos ora pacientes pela prática de delitos patrimoniais.

Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delituoso. *In casu*, não se infere ilegalidade no ponto, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, máxime em razão do emprego de veículo na senda criminosa.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NOVOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DO RÉU INALTERADA. ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS CORRÉUS. CABIMENTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E DA PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO ADEQUADA QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO). DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DOSIMETRIA REFEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em 1ª instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*; desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória.

3. A utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos corréus, em uma análise conjunta das circunstâncias judiciais, não viola a individualização da pena, desde que comunicáveis aos acusados.

4. É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

5. Os fundamentos quanto às consequências do crime não são idôneos. Isso porque o fato de os bens não terem sido recuperados não justifica de forma válida a exasperação da pena-base, porquanto a subtração é inerente ao crime de roubo. Da mesma forma, o desvalor da personalidade está baseado em elementos genéricos, sem indicação de dados concretos a justificar a elevação da reprimenda-base.

6. Por outro lado, a valoração negativa da circunstância do crime está devidamente fundamentada, porquanto os elementos apresentados são acidentais e não integram a estrutura do tipo penal, pois destacam o modus operandi empregado, que revela a maior gravidade do crime. A forma violenta que o paciente e seus comparsas utilizaram contra as vítimas, amarrando-as e desferindo-lhes chutes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em uma delas, extrapolam as condições próprias do tipo de roubo e evidenciam a maior reprovabilidade do crime praticado.

7. Presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima. 8. Refeita a dosimetria.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente referente ao delito de roubo para 5 anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidos os demais parâmetros fixados pelo Juízo de primeiro grau.

(HC 359.152/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017, grifou-se).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.

I - Não há ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando o art. 59 do Código Penal, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

II - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, em virtude da valoração negativa da culpabilidade (justificada pelo *modus operandi* e pelo emprego de meio que impossibilitou a defesa da vítima), das circunstâncias do delito (o crime foi cometido em ambiente carcerário, com a burla das medidas de segurança e com fomento de animosidade entre os detentos) e dos motivos do crime (o delito foi praticado para assegurar a ocultação de outro crime), com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de recurso especial (precedentes).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 749.151/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/5/2016, DJe 16/5/2016, grifou-se).

Lado outro, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXTORSÃO (ART. 158, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÚMULA 444 DESTE STJ. PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. **Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte).**

2. A jurisprudência deste Sodalício entende que a pena-base só pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada, circunstância não verificada no caso em exame, na medida em que utilizadas considerações abstratas e inerentes ao tipo penal violado para justificar a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 765.504/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 11/10/2017, grifou-se).

Nesse contexto, deve ser mantida a valoração negativa das circunstâncias do crime, merecendo, porém, ser afastado o incremento da pena-base a título de personalidade.

Passa-se, portanto, à nova dosagem da pena.

Em relação aos dois réus, considerando a presença de apenas uma vetorial desabonadora e o aumento ideal de 1/8, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do art. 157 do CP, chega-se ao incremento de 9 meses, devendo, pois, a pena-base ser estabelecida em 4 anos e 9 meses de reclusão. Em seguida, pela atenuante da menoridade relativa, a reprimenda deve ser reduzida em 1/6 e, portanto, reconduzida a 4 anos de reclusão, nos moldes da Súmula 231/STJ. Em virtude da incidência de duas majorantes do crime de roubo, a pena restou exasperada em 2/5, chegando-se a 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, mais 14 dias-multa. Por fim, pelo concurso formal, a pena merece reajuste de 1/6, totalizando 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, mais 16 dias-multa.

Por derradeiro, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

A seguir, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.**

2. **Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.

[...]

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 326.343/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se.)

"*HABEAS CORPUS*. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. *WRIT* DENEGADO.

1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de censurabilidade da conduta, deve ser mantida quando o acórdão registra a maneira articulada do réu para cometer a sonegação fiscal, pois ele, de forma engenhosa, criou uma empresa formalmente integrada por sócios que, em verdade, não compunham a sociedade empresarial, com a intenção preordenada de lesar o erário. Tal reprovabilidade não é inerente ao tipo penal, pois a fraude fiscal prescinde da criação de empresa de fachada. **É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, § 3º e 44, III, ambos do CP.**

[...]

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, grifou-se.)

No caso, fixada pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, assim como a valoração negativa das circunstâncias do crime, deve ser mantido o regime prisional fechado, conforme a dicção do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de estabelecer a pena dos pacientes em 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, mais 16 dias-multa, ficando mantido o regime prisional fechado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0356924-2

HC 548.586 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00027928620188190002 077002572017 27928620188190002 77002572017

EM MESA

JULGADO: 04/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO LAURA JULIA ANDRADE FONTENELLE - RJ078959
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: GUILHERME DOS SANTOS OLIVEIRA (PRESO)
OUTRO NOME	: GUILHERME DE SANTOS OLIVEIRA
PACIENTE	: VINICIUS DUARTE FELIX
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).