



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 202.948 - SP (2011/0078238-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JARDEL RIBEIRO MOREIRA
ADVOGADO : GENIVAL TORRES DANTAS JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO. DOSIMETRIA. SÚMULA 444/STJ. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME PRISIONAL ABERTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. 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."

2. 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 delituoso. No caso, o decreto condenatório não logrou demonstrar que o *modus operandi* da conduta revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, sendo, portanto, descabida a valoração negativa do vetor "circunstâncias".

3. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". As Súmulas 718 e 719, do STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

4. Malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

5. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 22 de março de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 202.948 - SP (2011/0078238-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **JARDEL RIBEIRO MOREIRA**
ADVOGADO : **GENIVAL TORRES DANTAS JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO**

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra a decisão que concedeu a ordem impetrada em favor de **JARDEL RIBEIRO MOREIRA** (e-STJ, fls. 65-70).

Em razões, o agravante sustenta, em síntese: a) "desconsideração das anotações na folha de antecedentes penais do paciente, ora agravado, para reduzir a pena-base, resulta não só em quebra da individualização da pena, e da sua real função ressocializadora (o bom comportamento deve ser recompensado e o mau sancionado), mas a quebra da isonomia, igualando comportamentos de réus que até a prática do delito possuíam uma reputação ilibada e outros que, embora primários, são detentores de anotações criminais"; b) "aumentar a pena-base com base em anotações na folha de antecedentes não constitui violação do princípio da inocência presumida"; c) "a decisão do juízo monocrático deixa claro que as circunstâncias do crime são desabonadoras"; d) "a sentença condenatória, no que diz respeito à fixação da reprimenda corporal, está devidamente fundamentada"; e) "quanto à fixação do regime inicial aberto, pode haver perda do objeto, uma vez que a pena-base merece ser mantida pelos fundamentos das decisões da instância ordinária" (e-STJ, fls. 79-89).

Pugna, ao final, pelo provimento do agravo para restabelecer a pena-base imposta na sentença. Subsidiariamente, requer seja declarada a nulidade parcial do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinando-se que a dosimetria da pena seja concretamente motivada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 202.948 - SP (2011/0078238-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JARDEL RIBEIRO MOREIRA
ADVOGADO : GENIVAL TORRES DANTAS JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO. DOSIMETRIA. SÚMULA 444/STJ. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME PRISIONAL ABERTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. 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."

2. 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 delituoso. No caso, o decreto condenatório não logrou demonstrar que o *modus operandi* da conduta revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, sendo, portanto, descabida a valoração negativa do vetor "circunstâncias".

3. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". As Súmulas 718 e 719, do STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

4. Malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

5. Agravo regimental desprovido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Está inscrito na decisão ora agravada:

"De início, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandamus, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que a impetração seja compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, devendo ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da fixação do regime prisional, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente às restrições da exceção.

Nessa mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado do Supremo Tribunal Federal:

'PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA Oitiva de Testemunha de Acusação Realizada. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...).' (HC 104.767/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 17/8/2011)

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do *writ*, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

Todavia, o reexame da dosimetria em sede de *mandamus* somente é admitida quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade. Vejamos.

Com efeito, ao realizar a dosimetria da pena, asseverou o juízo monocrático, no que interessa (fls. 10-11):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'(...)'.
I. Dentre as circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), a personalidade voltada ao envolvimento em crime da mesma natureza em (vide certidão de fl. 5 do apenso de antecedentes) e a circunstância de ter cometido o crime em local de pouco movimento em função da hora (pouco mais da meia noite) e eleger como vítima uma senhora de meia idade que caminhava sozinha importam fixação da pena-base acima do mínimo legal; para o presente caso, a pena será fixada em mais seis meses de reclusão e mais dois dias-multa além do patamar mínimo.

II. Não há circunstâncias legais ou causas especiais de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas. Torno, pois, definitivo o *quantum* da pena em quatro anos e seis meses de reclusão e pagamento de doze dias-multa.

III. A natureza do crime cometido, o montante da pena imposta e o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis indicam a necessidade de imposição de regime prisional semiaberto, único capaz de atender ao disposto no artigo 33 do Código Penal, à prevenção e à repressão.

Posto isso, julgo procedente o pedido e, em consequência, condeno Jardel Ribeiro Moreira, qualificado nos autos, a quatro anos e seis meses de reclusão (regime inicial semi-aberto) e ao pagamento de doze dias-multa, cada unidade equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso no artigo 157, caput, do Código Penal."

O Tribunal de origem manteve a sentença, restando assim fundamentado o acórdão, na parte que interessa (fls. 17-18):

'(...)'.
No que diz respeito à dosimetria da pena imposta ao apelante, foi devidamente individualizada, com a eleição do quantum ideal pelo livre convencimento do juiz que atuou dentro dos parâmetros que a lei estabelece, sem excesso, erros de apreciação, falhas de raciocínio lógico ou demais vícios de julgamento.

Com relação ao regime prisional, o regime semiaberto se mostra mais adequado ao cumprimento da reprimenda, sem ofender os direitos e garantias individuais do apelante.

Nestas circunstâncias, mantém-se a bem lançada sentença proferida pelo insigne Juiz SYLVIO RIBEIRO DE SOUZA NETO, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nega-se provimento ao recurso.'

Em verdade, não obstante reconhecer-se a existência de certa discricionariedade pelo Julgador na fixação da pena-base, necessária se faz a pertinente fundamentação do aumento em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, em que pese o dolo do crime de roubo consistir na subtração de coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, as consequências da conduta imputada ao réu não desbordam do resultado típico, considerando-se o menor o prejuízo à vítima, razão pela qual infere-se flagrante ilegalidade na exasperação da pena-base.

Ademais, não pode ser a pena-base majorada baseando-se, apenas, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentações vagas e genéricas, carentes de objetividade para justificar a exasperação, ou em circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal, como ocorrido no corrente caso, em relação à culpabilidade do agente. Nesse sentido:

'HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA). EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N. 961.863/RS, REL. MIN. GILSON DIPP. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE E MOTIVAÇÃO DO CRIME ILEGALMENTE CONSIDERADAS. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA LEGAL (1/3). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443/STJ. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO, PARA DIMINUIR A PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, PARA SANAR A ILEGALIDADE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DAS PENAS, AO FINAL FIXADAS EM 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, E 13 DIAS-MULTA.
(...).

3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não pode ser majorada a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, carentes de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, em relação à culpabilidade do agente.

5. Os fatos de o réu ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base, sob a justificativa de exacerbação da culpabilidade.

(...).

9. Habeas corpus parcialmente concedido, para diminuir a pena-base ao mínimo legal. Concedido habeas corpus de ofício, para sanar a ilegalidade na terceira fase da dosimetria da penas, ao final fixadas em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa, mantido, entretanto, o regime prisional inicial estabelecido pelas instâncias ordinárias, qual seja, o fechado.' (HC 167.936/MG, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 12/8/2012).

'HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE ABSOLUTA. INOCORRÊNCIA. DEFENSOR QUE ATUA DE MANEIRA DILIGENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. EXASPERAÇÃO, NA TERCEIRA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ETAPA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO, ACIMA DO MÍNIMO. UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MERAMENTE ARITMÉTICO. SÚMULA 443/STJ.

(...).

4. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

5. Não se afigura possível ao julgador pautar-se apenas em preceitos genéricos e elementos integrantes do próprio tipo penal para majorar a reprimenda.

(...).

7. *Ordem parcialmente concedida, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 20 (vinte) dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto.*' (HC 149.907/SE, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 18/6/2012)

Outrossim, como sabido, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, incidindo-se, assim, o enunciado n. 444 da súmula desta Corte, que dispõe:

'É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.'

Logo, deve a ordem ser concedida para excluir da pena-base o aumento de 6 meses e 2 dias-multa, além do patamar mínimo, arbitrando-se a sua totalidade em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, por infração ao art. 157, *caput*, do Código Penal.

Em consequência, tratando-se de réu primário e tendo sido arbitrada a pena-base no mínimo legal, infere-se a possibilidade de fixação no regime menos gravoso.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados desta Corte:

'HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Esta Corte sumulou o entendimento de que, '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.' (Súmula n. 440)

2. No caso, considerando a primariedade do paciente, as circunstâncias judiciais favoráveis, bem como a quantidade de pena corporal imposta, cabível o estabelecimento do regime intermediário, a teor do que disciplina o art. 33, § 2º, do Código Penal.

3. *Ordem concedida.*' (HC 192.808/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2011)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 12 DA LEI N. 6.368/76. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO, NO CASO CONCRETO, PARA O PACIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS DO ART. 44, DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS. CABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. SÚMULA N. 440 DESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO.

(...).

5. **'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.'** Enunciado da Súmula n.º 440 desta Corte.

6. *Ordem parcialmente concedida para assegurar ao Paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, devendo as condições dos dois benefícios serem implementadas pelo Juízo das Execuções Penais.'* (HC 169.596/MG, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 28/3/2011)

Nesse contexto, deve ser concedida a ordem, para reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, estabelecendo-se o regime aberto para o desconto da reprimenda do paciente.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima" (e-STJ, fls. 65-70).

Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, estes não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos no *decisum* ora impugnado.

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. 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. 444 da Súmula desta Corte).**

2. A jurisprudência deste Sodalício entende que a pena-base só pode ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Lado outro, 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 delituoso. No caso, o decreto condenatório não logrou demonstrar que o *modus operandi* da conduta revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, sendo, portanto, descabida a valoração negativa do vetor "circunstâncias".

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

Por fim, de acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

In casu, malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

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

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 443 DO STJ. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 3/8, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal), em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. **É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: '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'.**

4. **Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.**

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir, à fração de 1/3, o aumento da pena do paciente, decorrente das majorantes do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 381.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017, grifou-se).

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE RECLUSÃO DE 4 ANOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- **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 (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.**

- No caso dos autos, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena final ter sido estabelecida em 4 anos de reclusão, o regime inicial mais gravoso foi fixado sem fundamentação idônea, baseada apenas em elementos inerentes ao próprio tipo penal, e no fato de o paciente estar preso por outro processo, ainda em curso, fundamento igualmente inidôneo. Incidem, ao caso, assim, os referidos enunciados sumulares.

- *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar regime inicial aberto."

(HC 381.444/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 21/2/2017, grifou-se).

Em verdade, tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena de 4 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrutamento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0078238-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 202.948 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4162005 993060556215

EM MESA

JULGADO: 22/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GENIVAL TORRES DANTAS JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JARDEL RIBEIRO MOREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JARDEL RIBEIRO MOREIRA
ADVOGADO : GENIVAL TORRES DANTAS JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.