



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 472.586 - SP (2014/0030721-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RODRIGO DOS SANTOS MENDES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. MALFERIMENTO AO ART. 33, § 2º, "C" E § 3º, DO CP. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. DIREITO A REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. AFRONTA AO ART. 44, I, II E III, DO CP. OCORRÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, a gravidade genérica do crime não justifica a imposição de regime prisional mais gravoso por não constituir fundamentação idônea.
2. Preenchidos os requisitos do artigo 44, incisos I, II, e III, do Código Penal, não há óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
3. Agrado regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agrado regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de março de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 472.586 - SP (2014/0030721-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RODRIGO DOS SANTOS MENDES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental, interposto, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, contra decisão monocrática, de minha lavra, que conheceu do agravo e deu parcial provimento ao recurso especial aviado pelo réu, para reconhecer a violação aos artigos 33, §§ 2º e 3º, 44, incisos I, II e III, ambos do Código Penal, a fim de fixar o regime inicial de cumprimento de pena do ora agravado no aberto, e substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos a ser definida pelo Juízo das Execuções. O julgado restou assim ementado:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 77, CAPUT, III, DO CP. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DE VULNERAÇÃO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. OFENSA AO ART. 386, III, DO CPP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA EMINENTEMENTE FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. MALFERIMENTO AO ART. 33, § 2º, "C" E § 3º, DO CP. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. DIREITO A REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. AFRONTA AO ART. 44, I, II E III, DO CP. OCORRÊNCIA. AGRADO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO." (fls. 354/364)

Em seu agravo regimental, acostado às fls. 375/382, o agravante sustenta que "o Tribunal *a quo* se baseou em elementos concretos, ligados à personalidade e à conduta social do agente, para fixar o regime fechado e negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos" devendo, por isso, ser reconsiderada ou reformada a decisão.

Ademais, afirma, que antecedentes podem ser utilizados para fixação de regime inicial, ainda que não sirvam para aumentar a pena-base.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 472.586 - SP (2014/0030721-0)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. MALFERIMENTO AO ART. 33, § 2º, "C" E § 3º, DO CP. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. DIREITO A REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. AFRONTA AO ART. 44, I, II E III, DO CP. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, a gravidade genérica do crime não justifica a imposição de regime prisional mais gravoso por não constituir fundamentação idônea.
2. Preenchidos os requisitos do artigo 44, incisos I, II, e III, do Código Penal, não há óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, conforme se explicitou na decisão agravada, no que tange à aventada contrariedade ao artigo ofensa ao artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal, razão assistia ao acusado, na medida em que o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado para cumprimento de pena com base em fundamentação inidônea, sem lastro em substrato concreto dos autos. De fato, quanto ao tema, assim consignou a Corte *a quo*:

"Por fim, importante ter que a folha de antecedentes do réu, ainda que não comprove condenações com trânsito em julgado, sendo imprestável, portanto, à comprovação da reincidência e dos maus antecedentes, é documento hábil o demonstrar que as demais circunstâncias judiciais, elencadas no art. 59 do CP, não lhe são favoráveis.

Com efeito, pelo documento de fls. 78/83 ficou demonstrado que o réu possui péssima conduta social, além de personalidade voltada para prática delitiva. (...)

Assim, inviável a substituição do pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como a fixação de regime mais brando, eis que o réu não preenche os requisitos do art. 44, inciso III e art. 33, § 3º, ambos do Código Penal.

Assim, mantenho o regime fechado para início do desconto da corporal.

Pessoas que apresentam o tipo de comportamento empregado pelo acusado demonstram não ser merecedoras de regimes e penas mais brandas, eis que essas circunstâncias apontam para grande probabilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que voltem o delinquir.

Daí o reconhecimento de periculosidade, de forma tal que o regime fechado permitira, para eventual progressão, melhor exame.

Além disso, os delitos contra o patrimônio, sem duvida, têm sido motivo de insegurança e desassossego para a comunidade, abalando o convívio em sociedade, razão pela qual devem receber das autoridades a necessária repressão." (fls. 221/223)

Conforme se observa do trecho acima citado, constata-se que o Tribunal *a quo* fundamentou a fixação do regime fechado alegando que ficou demonstrado que o réu possui péssima conduta social, além de personalidade voltada para prática delitiva. Contudo, da análise do acórdão recorrido extrai-se que o Tribunal de origem considerou que as condenações utilizadas para maus antecedentes, não tinham o respaldo de qualquer certidão cartorária, não se prestando, portanto, para negativar as circunstâncias judiciais e elevar a pena-base, conforme verifica-se no seguinte fragmento referente à dosimetria da pena:

"A pena foi majorado tanto na primeira quanto na segunda fase, por possuir o réu maus antecedentes e por ser reincidente.

Ocorre que para a comprovação dos maus antecedentes e da reincidência é necessária certidão cartorária a com indicação de condenação transitada em julgada contra o réu.

As condenações utilizadas pela digna magistrada *a quo* estão registradas, contudo, somente em folha de antecedentes, sem o respaldo de qualquer certidão cartorária, não se prestando, portanto, ao fim a que se destina.

Isto porque não há comprovação do trânsito em julgado, não se podendo utilizar ações em andamento para majoração da pena. (...)

Assim, fixo o peno base no mínimo de 01 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Por fim, mantenho a diminuição de 1/3 em razão do reconhecimento da tentativa, 'por ter o réu percorrido parçelo considerável do *iter criminis* sendo obstada a ação delituosa em momento próximo à consumação da infração' (fls. 116), **tornando a pena definitiva em 08 meses de reclusão e pagamento de 06 dias-multa piso.**

Com efeito, o réu já havia se apossado do celular da vítima, escondido o aparelho, o qual sequer foi encontrado pelos policiais durante a revista, sendo que o bem apertado foi recuperado quando o próprio réu, sendo levado à delegacia, decidiu se desfazer da *res furtiva*. Assim, inviável a redução de pena na fração máxima de 2/3." (fls. 220/221)

Assim, constata-se que não houve nenhuma circunstância judicial considerada desfavorável ao réu, portanto, os fundamentos do acórdão recorrido para manter o regime inicial fechado são genéricos, com base unicamente na gravidade abstrata do delito.

Verifica-se, que o recorrente foi condenado a pena de 8 meses de reclusão, como incurso no artigo 155, *caput*, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. Entretanto, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta foi estabelecido tão-somente em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

face da gravidade abstrata do delito e em elementos inerentes ao tipo penal, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Com efeito, já foi decidido inúmeras vezes por esta Corte que circunstâncias tais não são idôneas a legitimar a fixação de regime prisional mais rigoroso do que o permitido por lei. Ademais, causa espécie fixar-se a pena-base no mínimo legal e, posteriormente, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Portanto, os argumentos do Tribunal *a quo* são inerentes do próprio tipo penal, furto, não servindo de fundamentação apta para fixar o regime inicial diverso do aberto. Nessa linha de raciocínio, confirmam-se os seguintes julgados deste Sodalício:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO, FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. A decisão agravada - que concedeu a ordem, para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena imposta ao paciente, pelo delito do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal - deve ser mantida, eis que está em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já firmou entendimento no sentido de que, uma vez fixada a pena-base no mínimo legal, ao réu primário, é incabível infligir-lhe regime prisional mais gravoso, sem fundamentação idônea, com base unicamente na gravidade abstrata do delito, tal como ocorreu, na espécie. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF. Precedentes do STF e do STJ.

II. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC 211.162/SP, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, DJe 25/04/2013)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. SÚMULA Nº 440/STJ. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA.

I. (...).

II. (...).

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, nos fundamentos da condenação criminal e da dosimetria da pena, em sede de recurso especial - questões que, ademais, demandariam o revolvimento do contexto fático-probatório -, preferindo a utilização do "writ" em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime não constitui fundamentação idônea a permitir a fixação de regime mais gravoso para o desconto da reprimenda, se desvinculado de qualquer fator concreto, que não a própria conduta delituosa, máxime quando o réu é primário e a pena-base for fixada no mínimo legal (Súmula/STJ nº 440).

V. Deve ser reformado o acórdão a quo para estabelecer o regime inicialmente semiaberto para desconto da pena imposta.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.

(HC 222.376/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe 08/03/2012)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO SIMPLES TENTADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA CONCRETA. SÚMULA 440/STJ.

1. As instâncias ordinárias não justificaram de forma concreta a fixação do regime prisional mais gravoso, tendo se limitado a elencar circunstâncias que não desbordam do tipo penal em abstrato, o que configura nítido constrangimento ilegal, sobretudo quando fixada a pena-base no mínimo legal.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 220.653/RJ, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 05/09/2012)"

De fato, a gravidade genérica do crime não justifica a imposição de regime prisional mais gravoso por não constituir fundamentação idônea. Este entendimento está pacificado nesta Corte Superior conforme enunciado da Súmula 440/STJ que aduz 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."

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sumulado nos enunciados 718 e 719:

Enunciado n.º 718: "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."

Enunciado n.º 719: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Assim, verifica-se que o Tribunal *a quo* fixou o regime inicial equivocadamente, pois tendo o recorrente sido condenado à pena de 8 meses de reclusão, e não havendo fundamentação idônea que justifique a imposição do regime fechado, era de rigor, portanto, a alteração do regime inicial para o aberto, pois preenchido os requisitos do art. 33, § 2º, alínea "c" do Código Penal.

Ademais, no que tange à aventada ofensa ao artigo 44, incisos I, II e III, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, também era necessário proceder à conversão da sanção corporal, pois estão preenchidos os requisitos do citado artigo, na medida em que a pena fixada é menor que 4 anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, bem como não trata-se de réu reincidente. Além disso, o recorrente atende aos requisitos previsto no inciso III, do mencionado artigo, razão pela qual foi substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a ser definida pelo juiz da execução.

Outrossim, salienta-se que "o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que a existência de ações penais em curso contra o paciente seja utilizada para configurar seus maus antecedentes, tanto para fins de fixação da pena-base como para o regime inicial de seu cumprimento."(HC 83.064/SP, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, DJ 17/09/2007) Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL QUE SE IMPÕE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES UTILIZADOS INDEVIDAMENTE. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. RECURSO IMPROVIDO. 1. (...). 2. **As instâncias ordinárias estabeleceram o regime mais gravoso com base nos maus antecedentes do paciente - apesar de terem assentado não haver trânsito em julgado em referida ação penal - e na maior gravidade da conduta - pois teria o réu desferido um golpe na vítima. Contudo, tais circunstâncias não se mostram aptas, a meu ver, a justificar o extremo rigor, visto que condenações não definitivas não podem ser utilizadas como maus antecedentes ou personalidade desajustada para a exasperação da pena-base, não sendo reflexo, por conseguinte, na fixação do regime inicial.** Ademais, ter desferido um único golpe na vítima não representa aspecto singular na ação do delito de roubo, que traz ínsita a violência ou grave ameaça a pessoa, não demonstrando um maior desvalor da conduta, característico no roubo cometido mediante o emprego de arma de fogo. 3. (...). 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 278.177/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 25/11/2013)

Dessa forma, verifica-se que era mesmo caso de se conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial interposto pelo réu.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0030721-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 472.586 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00598938320118260050 165311 50110598938 598938320118260050

EM MESA

JULGADO: 05/03/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RODRIGO DOS SANTOS MENDES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RODRIGO DOS SANTOS MENDES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.