



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 454.513 - SP (2018/0143049-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
EMBARGANTE : MARCOS IRAN FREIRES DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS**. ROUBO. PENA DE 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. OMISSÃO CONFIGURADA. **EMBARGOS ACOLHIDOS**.

I - São cabíveis embargos declaratórios quando houver, na decisão embargada, qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência, sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do **decisum** embargado.

II - Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal. Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

III - **Na hipótese**, o regime inicial semiaberto foi determinado somente com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, não sendo apresentado fundamento concreto para a imposição do regime mais gravoso. Precedentes.

IV - Considerando a primariedade do paciente e o **quantum** de pena estabelecido, bem como a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal e das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Embargos de declaração acolhido, para fixar o regime prisional **aberto**, para o início do cumprimento da pena.

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, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 16 de agosto de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 454.513 - SP (2018/0143049-7)

EMBARGANTE : MARCOS IRAN FREIRES DOS SANTOS
ADVOGADOS : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO -
SP138992
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de embargos de declaração opostos por JMARCOS IRAN FREIRES DOS SANTOS, em face de acórdão, por mim proferido, em sede de **habeas corpus**, às fls. 117-125, cuja ementa transcrevo a seguir:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PELA DEFESA. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS NÃO EXHAURIDAS. ORDEM CONCEDIDA.

I - O Supremo Tribunal Federal, evoluindo em seu entendimento, consignou, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP, que 'A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal' (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).

II - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.

III - Na hipótese, não estão exauridas as vias recursais ordinárias, tendo-se em vista que houve a oposição de embargos declaratórios pela defesa, pendentes de julgamento, fato que impede, por enquanto, a aplicação do precedente fixado pelo col. Pretório Excelso.

Ordem concedida para determinar que o paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, aguardar em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias".

Nas razões dos embargos de declaração, sustenta a existência de omissão no v.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão reprochado, haja vista que também *Com efeito, ao manter a sentença quanto à fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento de pena, com base tão somente na gravidade em abstrata do crime, os ilustres Desembargadores deixaram de considerar que o paciente é primário, ostenta bons antecedentes, a quantidade de pena aplicada, foi de apenas 04 (quatro) anos de reclusão, bem como as circunstâncias favoráveis do artigo 59 do Código Penal*".

Requer, ao final, que seja suprida a omissão apontada e deferido o pedido de regime aberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 454.513 - SP (2018/0143049-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
EMBARGANTE : MARCOS IRAN FREIRES DOS SANTOS
ADVOGADOS : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO - SP138992
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS**. ROUBO. PENA DE 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. OMISSÃO CONFIGURADA. **EMBARGOS ACOLHIDOS**.

I - São cabíveis embargos declaratórios quando houver, na decisão embargada, qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência, sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do **decisum** embargado.

II - Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal. Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

III - **Na hipótese**, o regime inicial semiaberto foi determinado somente com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, não sendo apresentado fundamento concreto para a imposição do regime mais gravoso. Precedentes.

IV - Considerando a primariedade do paciente e o **quantum** de pena estabelecido, bem como a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal e das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Embargos de declaração acolhido, para fixar o regime prisional **aberto**, para o início do cumprimento da pena.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: resentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos embargos.

Pretende o embargante que seja sanada a omissão, a fim de que seja fixado o regime aberto para o cumprimento da pena.

Destaque-se, inicialmente, que são cabíveis embargos declaratórios quando houver, na decisão embargada, qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência, sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do **decisum** embargado.

Nesse compasso, entendo que assiste razão ao embargante, quanto a omissão demonstrada

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

"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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**:

"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."

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal sobre a súmula 718, constata-se no **HC n. 117.813**, que o em. Ministro **Teori Zavascki** assim manifestou:

"A fixação de pena-base (art. 59) no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, e a imposição do regime mais gravoso do que aquele abstratamente imposto no art. 33 do Código Penal revela inequívoca situação de descompasso com a legislação penal. A invocação abstrata das causa de aumento de pena não podem ser consideradas, por si sós, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional, por não se qualificarem como circunstâncias judiciais do art. 59. Inteligência do enunciado 718 da Súmula do STF."

Do mesmo modo, o em. Ministro **Luiz Fux**, ressaltou seu posicionamento no julgamento do **HC n. 109344**:

"d) in casu, o juiz incorreu em manifesta incongruência ao fixar a pena-base em 4 (quatro) anos, ou seja, no mínimo legal cominado para o tipo, à mingua de circunstâncias judiciais desfavoráveis e não se tratando de réu reincidente, para, alfim, estabelecer regime fechado."

Na hipótese, o regime inicial semiaberto foi determinado somente com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, não sendo apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso.

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E BASEADAS EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

7. Consoante determinam os arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal, o regime prisional será estabelecido com observância do **quantum** de pena aplicada, da primariedade e da análise das circunstâncias judiciais, em respeito ao princípio da individualização da pena, considerando, ainda, que tal regime seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

8. No caso, considerando a análise desfavorável das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, os juízos ordinários fixaram o regime inicial fechado. Entretanto, afastadas as mencionadas circunstâncias negativas e estabelecida a pena-base no mínimo legal, imperiosa a modificação do regime inicial para o semiaberto, nos moldes dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como do enunciado da Súmula n. 440 desta Casa. Precedentes.

9. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício para, redimensionando a pena do paciente, estabeleça-la em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, mais 13 (treze) dias-multa" (HC n. 373.905/AC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antônio Saldanha Palheiro**, DJe de 19/12/2016).

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. GRAVIDADE ABSTRATA. DIREITO AO REGIME MENOS SEVERO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea, nos termos das Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. **In casu**, é evidente a ilegalidade, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal, a sanção é inferior a 8 anos, o paciente é primário e as instâncias de origem não apresentaram motivação idônea a justificar o regime fechado, dissertando apenas sobre o emprego de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arma de fogo, além de mencionarem circunstâncias vagas e genéricas que não constituem elementos aptos a amparar a fixação do regime inicial mais gravoso.

[...]

5. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena" (HC n. 351.840/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 16/5/2016).

"[...]

REPRIMENDA. REGIME DE EXECUÇÃO. MODO FECHADO DETERMINADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO E MANTIDO PELA CORTE DE ORIGEM COM APOIO EM ELEMENTARES DO TIPO PENAL. DESCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FAVORABILIDADE EM SUA MAIORIA. ART. 33, § § 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO.

1. O art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A grave ameaça, por já integrar o tipo penal do crime de roubo, não pode ser sopesada pelo julgador para a fixação de regime prisional mais severo, sob pena de ofensa ao princípio do **ne bis in idem**.

[...]

4. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

5. Ordem parcialmente concedida para alterar o patamar de aumento da pena de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), reduzindo-se a reprimenda dos pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto como modo inicial de cumprimento da sanção aplicada" (HC n. 136.173/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 15/12/2009).

"HABEAS CORPUS. TRÊS ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. NECESSIDADE DE A SENTENÇA EXPOR FATOS CONCRETOS. CONTINUIDADE DELITIVA. SENTENÇA QUE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUMENTOU EM UM TERÇO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

2. Na hipótese de inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito.

[...]

*4. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão no tocante a individualização da pena, fixando a pena-base no mínimo legal, estabelecendo como regime inicial de cumprimento de pena o semiaberto e aplicando o percentual de 1/5 para a continuidade delitiva" (HC n. 122.127/MS, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 13/4/2009).*

Assim, considerando a primariedade do paciente e o **quantum** de pena estabelecido, bem como a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal e das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, mas sem efeitos infringentes, para fixar o regime prisional **aberto**, para o início do cumprimento da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0143049-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 454.513 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00918555620138260050 20180000249815 918555620138260050

EM MESA

JULGADO: 16/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA TATARI FRAZÃO DE VASCONCELOS - SP232510
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS IRAN FREIRES DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : MARCOS IRAN FREIRES DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, acolheu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.