



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 358.269 - SP (2016/0145975-3)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JONATHAN DE OLIVEIRA MATOS (PRESO)
AGRAVADO : NICKSON ANTUNES DE FRANCA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 440 E 269 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Compulsando-se os autos da impetração, verifica-se que a fundamentação para fixação do regime inicial fechado para ambos os pacientes se deu com base exclusivamente na gravidade abstrata do delito, mesmo após a fixação da pena-base no mínimo legal, considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, contrariando, assim, o enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ, 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"*.

Com relação ao paciente reincidente e por ter reprimenda ficado abaixo de 4 anos de reclusão, imperiosa a aplicação do enunciado n. 269, da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, que prevê: *É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*.

Sendo assim, deficiente a fundamentação utilizada pelas instâncias de piso, na medida em que desprezaram os elementos concretos e se valeram unicamente da gravidade abstrata do delito para fixar o regime inicial mais gravoso.

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 Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 10 de novembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 358.269 - SP (2016/0145975-3)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JONATHAN DE OLIVEIRA MATOS (PRESO)
AGRAVADO : NICKSON ANTUNES DE FRANCA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática de minha relatoria (fls. 105/116), que não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem, de ofício, nos seguintes termos:

Cuida-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar impetrado em benefício de JONATHAN DE OLIVEIRA MATOS e NICKSON ANTUNES DE FRANCA, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0025533-83.2015.8.26.0050.

Os pacientes foram condenados às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais 8 dias-multa, como incursos no art. 157, § 2º, II, do Código Penal (roubo circunstanciado).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, tendo a Corte Estadual negado provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Apelação. Tentativa de roubo majorado pelo concurso de pessoas. Pedidos defensivos requerendo, tão somente, a redução máxima em razão da tentativa e fixação de regime inicial aberto. Impossibilidade. Penas e regime prisional bem fixados e que não comportam alteração. Recursos defensivos não providos (fl. 18).

No presente writ, a Defensoria Pública alega que o regime inicial de cumprimento da pena não é compatível com a fixação da pena-base no mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias do art. 59 do CP terem sido julgadas inteiramente favoráveis.

Afirma que o regime inicial foi estabelecido com base unicamente na gravidade abstrata do delito e na reincidência do paciente Nickson, a atrair ao caso os Enunciado n. 269 e 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Pugna, assim, em liminar e no mérito, pela fixação do regime semiaberto para o paciente Nickson e aberto para o paciente Jonathan.

Indeferida a liminar às fls. 27/28 e 91, e prestadas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

informações necessárias às fls. 39/79, o Ministério Público Federal, às fls. 97/102, opinou pelo não conhecimento do writ.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do STF e do próprio STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Pretende-se, no presente writ, consoante outrora relatado, a fixação de regime inicial aberto para o paciente Jonathan e semiaberto para o paciente Nickson.

Quanto ao ponto, o magistrado processante, ao elaborar o decreto condenatório, assim fundamentou:

[...]

Fundamentada a condenação, passo a dosar a pena.

Em relação ao réu JONATHAN DE OLIVEIRA MATOS, em primeira fase, com fundamento no artigo 59, do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 dias-multa, calculados em seu mínimo legal, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Na segunda fase de dosimetria da pena, deixo de considerar a atenuante da confissão, eis que a pena, nesta fase, não pode ficar aquém do mínimo, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Na derradeira fase da fixação da reprimenda, cabível o acréscimo decorrente da causa de aumento reconhecida na sentença e prevista no inciso II do §2º do artigo 157 do Código Penal, em razão do concurso de agentes. Nesse particular, aumento a pena em 1/3, resultando em uma reprimenda de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além de 13 dias-multa. Ainda na terceira fase de fixação da pena, há que se considerar a tentativa.

Neste tocante, analisando-se o “iter criminis” percorrido pelas agentes, haja vista a grave ameaça realizada por ambos, contra uma mulher desacompanhada, que estava sozinha aguardando a chegada do coletivo, diminuo a pena em um terço, resultando na reprimenda de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão além de 08 (oito) dias-multa.

Em relação ao réu NICKSON ANTUNES DE FRANCA, em primeira fase, com fundamento no artigo 59, do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, calculados em seu mínimo legal, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Na segunda fase de dosimetria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena, concorrem as circunstâncias genéricas agravante da reincidência e atenuante da confissão. Sendo assim, compenso-as e mantenho a reprimenda anteriormente fixada. Na derradeira fase da fixação da reprimenda, cabível o acréscimo decorrente da causa de aumento reconhecida na sentença e prevista no inciso II do §2º do artigo 157 do Código Penal, em razão do concurso de agentes.

Nesse particular, aumento a pena em um terço, resultando em uma reprimenda de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além de 13 dias-multa. Ainda na terceira fase de fixação da pena, há que se considerar a tentativa. Neste tocante, analisando-se o “iter criminis” percorrido pelas agentes, haja vista a grave ameaça realizada por ambos, contra uma mulher desacompanhada, que estava sozinha aguardando a chegada do coletivo, diminuo a pena em um terço, resultando na reprimenda de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão além de 08 (oito) dias-multa.

Nos termos do artigo 33, §3º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena de ambos os réus deverá ser o fechado. Isto porque, o regime prisional inicial fechado é o mais adequado e também merece manutenção, considerada a finalidade primária de prevenção e reprovação da conduta criminosa, além da gravidade de tal conduta típica, fato que causa clamor público e instabilidade na paz social, constituindo uma resposta mais efetiva à criminalidade violenta, mormente considerando a crescente onda de roubo e de crimes violentos que assolam o País. O Tribunal tem decidido reiteradamente que o regime fechado é o único aplicável a autor de roubo, ainda que primário o agente e independentemente da quantidade da pena aplicável (Ap. nº1.205.473/2 e 1.183.025/6 e também STF, RJTACrim 39/571 e no mesmo sentido TJSP JTJ 186/286, 188/315; RJTACrim 42/242, 43/222,44/137).

Aliás: “o juiz tem amplitude e o critério de oportunidade e conveniência para o regime inicial de prisão.

não está subordinado só à quantidade de pena se não que os pressupostos subjetivos do art. 59, também enunciado no art. 33, §3º, do CP. Apesar de existir opiniões de que o réu tem direito subjetivo público penal ao regime, segundo a quantidade de pena fixada, a interpretação sistemática do CP atribui ao Magistrado o poder, segundo a reprovação e repressão do crime cometido, de impor regime inicial suficiente e necessário para retribuir o mal causado pelo delito” (TARS AC Rel. Néri Letti RTJR 58/185) (fls. 14/15).

A Corte estadual, em apelação da defesa, manteve a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão monocrática, consignando:

[...]

As penas foram bem aplicadas e não comportam alteração.

Na primeira fase do cálculo, em atenção aos critérios norteadores do artigo 59, do Código Penal, as básicas para os dois réus restaram corretamente fixadas no mínimo de 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no unitário mínimo.

Na segunda etapa, a pena do corréu Jonathan não sofreu alteração, embora reconhecida a atenuante da confissão espontânea. Ora, não é possível a redução da pena aquém do patamar mínimo, em virtude da aplicação de circunstâncias atenuantes, consoante orientação emanada da Súmula nº 231 do STJ. Anoto que as circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65 do Código Penal, ao contrário das causas de diminuição de pena, não integram o tipo penal, sendo, por isso, genéricas. Daí por que, ao reconhecê-las, é vedado ao Juiz abrandar a reprimenda aquém do piso mínimo previsto pelo legislador.

Já o corréu Nickson foi beneficiado pela compensação do aumento devido pela reincidência com a redução cabível pela confissão espontânea, a despeito de a referida agravante ser circunstância preponderante, nos expressos termos do art. 67, do Código Penal, que tem redação própria nesse sentido, servindo de orientação a ser seguida pelo aplicador da lei. Todavia, em razão da ausência de recurso ministerial, as penas não sofrem alteração, nesta fase, ante a impossibilidade de reformatio in pejus em recurso exclusivo da defesa.

Na etapa derradeira, presente a causa de aumento relativa ao concurso de agentes, correto se mostra o acréscimo na fração de 1/3 (um terço) para os dois acusados. Em seguida, e ainda nesta fase, correta também se revela a redução das penas em 1/3 (um terço) pela tentativa, tendo em vista o considerável “iter criminis” percorrido pelos agentes, que já haviam ameaçado a vítima, que era mulher e estava sozinha em um ponto de ônibus, tendo Jonathan, inclusive, puxado a bolsa das mãos da ofendida, sendo os réus detidos somente quando tentavam fugir do local, momento em que foram perseguidos pelos policiais.

[...]

Assim, as penas restaram definitivas para ambos os réus em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 08 (oito) dias-multa, no piso legal.

Por fim, tendo em vista a gravidade do crime, informada pelas circunstâncias do fato, bem esclarecidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos relatos da vítima, o regime inicial fechado restou bem fixado. Com efeito, trata-se de roubo praticado por volta das 23h00, em concurso de agentes que utilizavam uma motocicleta, o que, certamente, acarretou pânico e insegurança à ofendida, situação que revela grande obstinação e audácia e se reveste de gravidade concreta, não havendo de se cogitar de baixa culpabilidade dos agentes, tudo a recomendar o regime prisional mais rigoroso, como resposta adequada à reprovação e prevenção de tal conduta. (inteligência do artigo 33, § 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal). Importante consignar, ademais, que não há qualquer ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, e nem ofensa às Súmulas 718 e 719, do STF, pois os fatos concretos - como já acentuado -, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando na hipótese dos autos. Solução esta que se harmoniza com recente entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: "A estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelado, em caráter absoluto, à pena-base. O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda" (HC 262.939/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. em 8.4.2014, DJe 25.4.2014).

Ante o exposto, nego provimento aos recursos defensivos, mantendo, na íntegra, a r. sentença monocrática (fls. 21/24).

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal Superior 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. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê:

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".

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Os fragmentos das decisões acima transcritos e o exame dos autos revelam que após fixarem a pena-base no mínimo legal, por considerarem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime fechado foi fixado para ambos os pacientes sem fundamentação idônea.

Dessarte, seguindo o entendimento firmado por este Tribunal, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se a situação já prevista no próprio tipo.

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu Jonathan, a quem foi imposto reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTE STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. RECLAMO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).

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

3. Recurso provido a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto (RHC 66.895/SP, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ROUBO MAJORADO E RECEPÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Não se revela possível, in casu, a aplicação do princípio da consunção, porquanto a conduta de adquirir a arma, de um lado, e o delito de roubo majorado pelo uso de arma de fogo, de outro, ao que se tem, decorrem de desígnios autônomos, não se verificando a relação de meio-fim que autoriza a absorção de uma figura típica pela outra.

IV - No presente caso, o eg. Tribunal de origem concluiu tratar-se de crimes autônomos (roubo majorado e receptação), por terem momentos consumativos distintos e pela ciência do paciente quanto à origem ilícita da arma. Ademais, rever esse entendimento demandaria,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impreterivelmente, revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (precedentes).

V - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, e do artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos, e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto (precedentes).

VI - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do CP (precedentes).

VII - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

VIII - "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 nº 718 da Súmula do col. Pretório Excelso).

IX - "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 nº 440 da Súmula desta Corte).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida parcialmente de ofício tão somente para fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena (HC 343.283/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2016).

Com relação ao paciente Nickson, em que pese ser reincidente, verifica-se que o total das penas fixadas foi de 3 anos e 6 meses de reclusão, ou seja, é inferior a 4 anos, e considerando-se as circunstâncias judiciais favoráveis, é possível a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no Enunciado n. 269 da Súmula do STJ, segundo a qual:

É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. SÚMULA/STJ 269. REGIME SEMIABERTO. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO 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. De acordo com a Súmula 269/STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

3. Apesar da multireincidência específica do réu, o decreto condenatório considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Assim, faz ele jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º do Código Penal. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 337.036/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 17/03/2016)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

FURTO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. RÉU DEVIDAMENTE INTIMADO PARA COMPARECER À



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. REVELIA DECRETADA. OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE COM A QUAL CONCORREU A PARTE. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. De acordo com o artigo 565 do Código de Processo Penal, "nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse".

2. No caso dos autos, o recorrente foi devidamente intimado para a audiência de instrução e julgamento, não tendo comparecido ao ato, motivo pelo qual foi decretada a sua revelia.

3. Se o acusado não foi interrogado porque não esteve presente à audiência designada para a colheita da prova oral mesmo sabendo previamente da sua designação, não pode a defesa pretender que, agora, depois de proferida sentença condenatória, seja o feito anulado a fim de que seja inquirido. Precedentes.

REINCIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA, FIXAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO E VEDAR A SUBSTITUIÇÃO POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

A agravante da reincidência pode ser utilizada tanto no cálculo da pena, quanto no estabelecimento do regime de cumprimento e na análise da substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, uma vez que se tratam de momentos distintos na fixação da reprimenda, estando o citado procedimento autorizado nos artigos 33, 44 e 61 do Código Penal. Precedente.

REGIME INICIALMENTE FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA FIXADA DEFINITIVAMENTE EM PATAMAR INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO MAIS BENÉFICO PARA O RESGATE DA SANÇÃO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA.

Tendo a pena sido fixada definitivamente em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e sendo favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Estatuto Repressivo, o simples fato de ser reincidente não impede o estabelecimento do modo semiaberto para o resgate da sanção. Exegese dos §§ 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal, e do enunciado 269 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE AUTORIZAM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REINCIDÊNCIA QUE NÃO SE OPEROU EM VIRTUDE DA PRÁTICA DO MESMO TIPO DE ILÍCITO. PERMUTA SUFICIENTE PARA A REPRESSÃO E PREVENÇÃO DA CONDUTA INCRIMINADA. EXEGESE DO § 3º DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL.

1. Aplicada pena inferior a 4 (quatro) anos, perfeitamente possível a sua substituição por restritivas de direitos, mesmo aos reincidentes, quando essa condição não se der em virtude de prática de idêntico delito e a medida for suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada. Inteligência do § 3º do artigo 44 do Código Penal.

2. Consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, mostra-se socialmente recomendável a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, diante das particularidades do caso concreto e especialmente em se considerando que a reincidência se deu em delito diverso.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, bem como substitui-la por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução (HC 334.986/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 16/03/2016).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EREsp N. 1154752/RS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MÚLTIPLA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- No julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, esta Corte reconheceu serem igualmente preponderantes a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, de forma que devem ser compensadas, na realização da dosimetria da pena.

- Tendo em vista múltipla reincidência específica do paciente, a compensação integral entre a confissão e a reincidência violaria os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

- Na hipótese, o aumento da pena na fração de 1/6 é proporcional e está devidamente fundamentado na reincidência específica do paciente, o que enseja um juízo de maior reprovabilidade.

- Aplica-se ao caso o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, segundo o qual é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.

- Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 306.288/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/08/2015).

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o paciente Nickson e o aberto para o paciente Jonathan.

Alega o agravante que "a fixação do regime mais gravoso foi realizada com fundamento em dados fáticos, indicativos da maior gravidade do crime, concretamente motivados com base no modus operandi de execução do roubo perpetrado (fl. 127)".

Pretende, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a remessa do presente agravo à Turma, para que seja anulada ou reformada, mantendo, assim, o regime inicial fechado para ambos os agravados.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 358.269 - SP (2016/0145975-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a fundamentação para fixação do regime inicial fechado para ambos os pacientes se deu com base exclusivamente na gravidade abstrata do delito, mesmo após a fixação da pena-base no mínimo legal, considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, contrariando, assim, o enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ, 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".

Com relação ao paciente Nickson, por ser reincidente e a pena ter ficado abaixo de 4 anos de reclusão, imperiosa a aplicação do enunciado n. 269, da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, que prevê:

É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Sendo assim, deficiente a fundamentação utilizada pelas instâncias de piso, na medida em que desprezaram os elementos concretos e se valeram unicamente da gravidade abstrata do delito para fixar o regime inicial mais gravoso.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TENTATIVA DE ROUBO. RÉU REINCIDENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS/STJ 269 E 440. WRIT NÃO CONHECIDO E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

3. Considerando que o paciente registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, sem que tenha sido informado se tratar de reincidente específico, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, nos moldes do reconhecido na sentença, que restou reformada pela Corte de origem. Precedentes.

4. Conforme 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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

5. O emprego de simulacro de arma de fogo, sem o respaldo de outros elementos concretos da prática delitiva, bem como a gravidade abstrata do crime de roubo tentado, não justificam a fixação de regime mais severo ao indicado pela quantidade de sanção corporal imposta ao paciente, devendo ser reconhecido, desde já, o seu direito ao desconto da pena em meio semiaberto, conforme o reconhecido pelo Julgador de 1º grau.

6. De acordo com a Súmula 269/STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a inicial quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

7. O decreto condenatório considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Assim, estabelecida a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença condenatória (HC 356.102/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA
ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAJORANTES. ACRÉSCIMO FUNDADO EM CRITÉRIO MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

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

3. "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 440 do STJ.

4. A Quinta Turma deste Tribunal, na sessão de julgamento de 28/04/2015, ao julgar os Habeas Corpus ns. 269.495/SP, 299.980/SP e 304.634/SP, entre outros, por maioria de votos, firmou a orientação de que o emprego de arma de fogo na empreitada criminosa, por si só, não acarreta o estabelecimento do regime prisional mais gravoso, notadamente se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal forem todas favoráveis ao acusado.

5. Na hipótese, em respeito à orientação firmada pela maioria dos integrantes do aludido Órgão fracionário, com a ressalva do ponto de vista do relator, o regime deve ser o semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao paciente, visto que se trata de réu reincidente, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva de reclusão inferior a 4 anos de reclusão, consoante dispõem o art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal e a Súmula 269 do STJ.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para modificar o percentual de aumento de pena em relação ao concurso de agentes e ao emprego de arma para 1/3, cabendo ao Juízo da Execução o redimensionamento da reprimenda, fixando o regime prisional semiaberto para o seu cumprimento (HC 297.357/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 15/06/2015).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0145975-3

AgRg no
HC 358.269 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00255338320158260050 20160000112361 255338320158260050

EM MESA

JULGADO: 10/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN DE OLIVEIRA MATOS (PRESO)
PACIENTE : NICKSON ANTUNES DE FRANCA (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JONATHAN DE OLIVEIRA MATOS (PRESO)
AGRAVADO : NICKSON ANTUNES DE FRANCA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA 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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.