



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 403.530 - RJ (2017/0140984-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ANTONIO CARLOS BORBA PINHEIRO (PRESO)
AGRAVADO : ALEX SANDRO DE SOUZA TAVARES (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP). REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES STJ, 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DO MODO SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 anos e não excedente a 8 poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.
2. A Suprema Corte, nos verbetes n. 718 e 719, sumulou entendimento no sentido de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais gravoso do sentenciado, orientação que é acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula n. 440.
3. Na hipótese, diante da ausência de fundamentação concreta para a imposição do sistema prisional fechado e estabelecida a pena-base no mínimo legal, com consideração favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, evidente o constrangimento ilegal a que estavam submetidos os acusados, dando ensejo à concessão da ordem mandamental para fixar o regime inicial semiaberto.
4. Ressalte-se que o julgador optou por não utilizar uma das causas de aumento para qualificar a pena-base ou agravar a fração de aumento na terceira fase da dosimetria, circunstâncias que indicam a inexistência de elementos concretos da conduta imputada aos apenados capazes de agravar sua sanção. Dessa forma, considerar a fundamentação baseada em elementos do próprio tipo penal para piorar o regime de cumprimento da pena não se revela proporcional.
5. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de março de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 403.530 - RJ (2017/0140984-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ANTONIO CARLOS BORBA PINHEIRO (PRESO)**
AGRAVADO : **ALEX SANDRO DE SOUZA TAVARES (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão desta Relatoria que concedeu a ordem de ofício, a fim de mitigar o regime inicial a que estavam submetidos os agravados para o semiaberto.

Sustenta o agravante que a fixação do regime mais gravoso para o cumprimento da pena nas instâncias de origem teria se baseado na gravidade concreta da conduta e suas circunstâncias, razão pela qual deveria ser restabelecido.

Requer a reconsideração da decisão ou o encaminhamento do recurso ao colegiado, para que dê provimento ao agravo regimental, fixando o regime fechado para o desconto da reprimenda à qual os agravados foram condenados.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 403.530 - RJ (2017/0140984-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, ultrapassados os requisitos de admissibilidade do recurso, passa-se à análise do mérito do agravo regimental.

Infere-se dos autos que os agravantes foram condenados à pena de 6 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 82 dias-multa, como incursos no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, porque:

"[...] no dia 17 de dezembro de 2014, por volta das 21h:00min, na Rua Bernardino de Melo, 2908, Centro, Nova Iguaçu, nesta Comarca, os denunciados, consciente e voluntariamente, com comunhão de ações e desígnios subtraíram para si, ou para outrem, mediante grave ameaça, a motocicleta Honda CG, cor preta, ano 2011, placa LLP - 7070/RJ, documentos diversos, dois aparelhos celulares e uma bolsa, descritos os bens descritos às fls. 03v que se encontrava na posse de Denilson Pereira dos Santos e Ana Laura Martins Dias.

Narra-se nos autos que Denilson conduzia pelo local do fato sua motocicleta, na companhia sua esposa, que se encontrava na garupa do veículo, momento em que os denunciados se aproximaram, a pé, anunciando o assalto, ordenando que o condutor parasse o veículo.

Ato contínuo, os denunciados mediante grave ameaça, exercida com arma de fogo, determinaram às vítimas a entrega da motocicleta e dos demais pertences.

Consumada a subtração, os denunciados evadiram-se do local, tendo as vítimas logrado êxito em reconhecê-los, através do auto de reconhecimento de pessoa, acostado às fls. 39 e 41." (e-STJ fl. 59)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte estadual, a qual deu parcial provimento ao apelo, redimensionando a pena imposta para 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 13 dias-multa.

Contra a decisão foi impetrado *habeas corpus* neste Sodalício, no qual os pacientes pleitearam a mitigação do regime inicial para outro menos gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação do *mandamus*.

Por decisão desta Relatoria, a ordem foi concedida para estabelecer o regime inicial intermediário para o cumprimento da pena.

Daí o presente regimental, no qual o órgão ministerial pugna pela reconsideração da decisão.

O MPF manifestou-se pelo não conhecimento da impetração.

Com efeito, a irresignação não comporta provimento.

Cumpre transcrever trecho do acórdão estadual que se manifestou quanto ao ponto, *in verbis*:

"De efeito, algumas circunstâncias que seriam desfavoráveis ao acusado não puderam ser consideradas na primeira etapa da apenação, porque o artigo 68 do Código Penal determina que sejam observadas em outro momento. Assim, tais circunstâncias não foram consideradas na primeira etapa para se evitar o bis in idem. Exemplificando: o réu reincidente evidentemente tem maus antecedentes. Aquela condenação, todavia, por força da súmula 241 do STJ, não pode ser considerada para efeitos dos maus antecedentes, o que permite que a pena base seja estabelecida no mínimo legal. Todavia, o regime adequado é o fechado, isto porque, quando se examina o artigo 59 para efeito de ser ditada a qualidade da pena, aquela condenação que caracteriza a reincidência é considerada para efeitos de maus antecedentes.

O mesmo ocorre com relação ao emprego de arma.

Tal circunstância torna a infração mais grave (é também chamado de roubo circunstanciado), mais reprovável (maior culpabilidade), o que estaria a permitir que a pena base se afastasse do mínimo legal.

Todavia, a pena base ficou no mínimo, isto em razão daquela circunstância, também referida no artigo 59 do CP, ser observada como causa de aumento de pena. Ora, caso o Juiz a considerasse nos dois momentos, incidiria na vedação do bis in idem.

No momento da escolha do regime (qualidade da pena),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porém, quando o artigo 59 do Código Penal é reexaminado, pode o Juiz considerar aquela circunstância (emprego de arma) para a escolha do regime mais gravoso.

Em síntese: o artigo 59 do Código Penal deve ser examinado de uma forma quando da escolha da quantidade da pena base e, de outra forma, quando da escolha da qualidade da pena.

Assevero que o Superior Tribunal de Justiça também tem admitido o regime fechado em razão da gravidade em concreto do delito de roubo, como se vê da decisão abaixo transcrita:

[...]

Desta forma, no caso concreto, tendo sido empregada arma de fogo como forma de ameaça, evidente a maior reprovabilidade da conduta a justificar a fixação de regime mais gravoso, sem esquecer aqueles processos em andamento que podem ser considerados na qualidade da pena."(e-STJ fl. 28/31)

Da análise do excerto acima transcrito, verifica-se que o regime fechado foi estipulado com fulcro na opinião em abstrato do julgador acerca da gravidade do crime em tela, apontando-se elementos próprios do tipo penal violado, motivação que, na esteira da jurisprudência reiterada desta Corte, é inidônea à determinação de sistema carcerário mais severo, especialmente quando a pena-base é fixada no mínimo legal, ante a consideração favorável das circunstâncias judiciais.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n.º 440, a saber:

"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."

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, respectivamente:

"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."

Por essas razões, bem entendeu a decisão agravada, de rigor o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal, haja vista o *quantum* de pena definitivamente irrogado e as circunstâncias do caso concreto.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. SENTENÇA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.736/12. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. 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/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".

5. Tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudesimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, a reprimenda deve ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.

6. Com o advento da Lei n. 12.736/12, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. 7. As alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei 7.210/84, sempre que o Magistrado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciante não houver adotado tal providência.

8. *Tratando-se de decreto condenatório já transitado em julgado, deve o Juízo das Execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento de pena mais brando.*

9. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente pelo delito de roubo circunstanciado para 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa, e estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da pena, bem como para determinar que o Juízo das Execuções avalie a possibilidade de alteração do regime prisional, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.*

(HC 417.902/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 16/02/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFASTAMENTO. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA N. 443 DO STJ. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

1. *Por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório*

2. *Não ficou evidenciada a maior reprovabilidade da conduta praticada, pois a utilização de veículo na abordagem da vítima, na hipótese, não elevou o grau de censurabilidade do crime de roubo majorado, tampouco ultrapassou a gravidade ínsita ao tipo penal em comento.*

3. *Na esteira da orientação sedimentada no enunciado n. 443 da Súmula desta Casa, "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".*

4. *Na espécie, a Corte local fixou a fração de 2/5 (dois quintos), superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal em exame, com base apenas no número de majorantes, o que não encontra guarida na jurisprudência desta Corte, segundo a qual o aumento da reprimenda acima da fração mínima deve estar ancorado em circunstâncias concretas atinentes às próprias causas de aumento e que indiquem a maior reprovabilidade da conduta, como emprego de várias armas de fogo, armas de grosso calibre, elevado número de agentes, entre outras.*

5. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime prisional, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que o que permitir a pena aplicada quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie.

7. Redimensionada a pena-base para o mínimo legal em razão da análise favorável das circunstâncias judiciais e considerada a primariedade, bem como a quantidade de pena aplicada - 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão -, o paciente faz jus ao regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 403.539/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017)

Ressalte-se que o julgador optou por não utilizar uma das causas de aumento para qualificar a pena-base ou agravar a fração de aumento na terceira fase da dosimetria, circunstâncias que indicam a inexistência de elementos concretos da conduta imputada aos apenados capazes de agravar sua sanção. Dessa forma, considerar a fundamentação baseada em elementos do próprio tipo penal para piorar o regime de cumprimento da pena não se revela proporcional.

Assim, à míngua de fundamentação concreta para a imposição de sistema carcerário mais rigoroso, evidente o constrangimento ilegal a que estavam submetidos os pacientes, o que deu ensejo à concessão de ofício da ordem mandamental, na forma como pretendida.

Ante o exposto, deve a decisão monocrática ser mantida por seus próprios fundamentos, pelo que se **nega provimento ao agravo regimental**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0140984-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 403.530 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00314805220158190038 109202014 314805220158190038

EM MESA

JULGADO: 13/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MANOEL DO SOCORRO T. PASTANA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ANTONIO CARLOS BORBA PINHEIRO (PRESO)
PACIENTE : ALEX SANDRO DE SOUZA TAVARES (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ANTONIO CARLOS BORBA PINHEIRO (PRESO)
AGRAVADO : ALEX SANDRO DE SOUZA TAVARES (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.