RECURSO ESPECIAL Nº 1.817.499 - PI (2019/0160118-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	BENILSON BARBOSA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PLEITO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. PARECER PELO PROVIMENTO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **BENILSON BARBOSA DA SILVA** com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

O MM. juízo de primeiro grau **condenou** o recorrente como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, à pena de **6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, mais 13 dias-multa, no regime inicial **fechado** (fls. 111-116).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de **apelação criminal**, com vistas à reforma da sentença condenatória e à modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda. No Tribunal **a quo**, o recurso foi provido, em decisão unânime, para afastar a majorante inserta no § 2º, inciso I, do art. 157, e reduzir a reprimenda para **4 (quatro) anos de reclusão**, mais 10 dias-multa, mantido o regime inicial **fechado** (fls. 215-222).

Opostos **embargos de declaração**, pela Defesa, foram eles rejeitados, à unanimidade de votos (fls. 259-266).

Nas **razões do recurso especial**, interposto com fundamento na alínea **a**, do permissivo constitucional, o recorrente sustenta violação ao art. 59,

e ao art. 33, § 2°, **c**, do Código Penal. Para tanto, argumenta que:

a) Deve ser decotada a circunstâncias judicial conduta social, pois "*[...] no Acórdão de fls. 206/213, a Segunda Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Piauí cometeu um equívoco referente à primeira fase da dosimetria da pena, ao entender que deveria ser valorada negativamente a circunstância judicial conduta social, pelo fato de o recorrente responder a outras ações penais*" (fl. 274);

b) "*[...] o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento sobre a impossibilidade de valorar negativamente a conduta social com base em inquéritos e ações penais em andamento ou decisões condenatórias que ainda não transitaram em julgado*" (fl. 275);

c) "*[...] o recorrente não pode ter em seu desfavor a valoração da circunstância judicial conduta social, pois a afirmação de que o réu responde por outras ações penais é totalmente inidôneo, conforme já foi exposto anteriormente. Logo, deve ser modificada a fixação do regime inicial de cumprimento de pena para* ***o regime aberto, ante o quantum da pena fixada***" (fl. 278).

Apresentadas as **contrarrazões** (fls. 284-296), o recurso foi **admitido** na origem (fls. 300-302) e os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo **provimento do recurso especial** (fls. 409-415). Eis a **ementa** do parecer:

> "*PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. PENA DE 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO ADEQUADO. PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA.*"

É o relatório.

Decido.

O recurso merece parcial provimento.

Inicialmente, no que concerne ao pleito do recorrente no sentido de que deve ser decotada a vetorial conduta social, sob o argumento de que "*[...] a Segunda Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Piauí cometeu um equívoco referente à primeira fase da dosimetria da pena, ao entender que deveria ser valorada negativamente a circunstância judicial conduta social*" (fl. 274), e de que "*[...] o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento sobre a impossibilidade de valorar negativamente a conduta social com base em inquéritos e ações penais em andamento ou decisões condenatórias que ainda não transitaram em julgado*" (fl. 275), diviso que o pleito merece prosperar.

Sobre dosimetria, cumpre enfatizar que o eg. Supremo Tribunal Federal tem entendido que "*a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada*" (HC n. 137.769/SP, Rel. Min. **Roberto Barroso**, julgado em 24/10/2016).

O Pretório Excelso também entende não ser possível para as instâncias superiores reexaminar o acervo probatório para a revisão da dosimetria, exceto em circunstâncias excepcionais, uma vez que, ordinariamente, a atividade dos Tribunais Superiores, em geral, deve circunscrever-se "*ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades*" (HC n. 128.446/PE, **Segunda Turma,** Rel. Min. **Teori Zavascki**, julgado em 15/9/2015).

Na mesma linha, tem sido assente nesta Corte o entendimento de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual

desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

Assim, passo a apreciar as motivações apresentadas pelo Tribunal de origem para manter a majoração da pena-base e aferir a suficiência dos fundamentos indicados. Com efeito, da análise dos autos, extrai-se que o **MM. Juízo de 1º Grau**, ao proceder à dosimetria da pena, assim se manifestou, no que importa ao caso:

"*[...] CONDUTA SOCIAL, existem elementos nos autos dando conta de que o acusado responde a vários outros processos criminais por crimes de roubo (reiterante específico em crimes-contra o patrimônio), que podem ser valorados sobre tal circunstância judicial como desfavor*ável, pois o acusado representa real perigo ao meio social" (fl. 114).

O eg. Colegiado **a quo**, por seu turno, ao negar provimento ao recurso de **apelação criminal** da Defesa, manteve a valoração negativa das circunstâncias judiciais acima mencionadas, em decisão de termos seguintes:

"*Pois bem. Consoante se extrai dos autos, bem como por meio de consulta ao sistema processual deste Tribunal de Justiça do Piauí, o réu tem contra si vários registros criminais, além deste que está subexame.*

Os registros de fl. 63, dizem respeito a crimes praticados antes do fato em exame. Verifica-se também que nos autos (proc. N° 0027193-24.2016.8.18.0140) beneficiado com a prisão domiciliar cumulada com aplicação de monitoramento eletrônico ele praticou o crime em tela.

Observa-se, portanto, a existência de elementos a indicar concretamente o comportamento inadequado do apelante no meio social. Como é cediço, o comportamento do agente perante a comunidade integra à análise da conduta social e, como demonstrado, trata-se de um comportamento reprovável que merece uma resposta mais efetiva das autoridades, na medida em que não respeita as regras em sociedade e as determinações da justiça.

Em casos de evidente demonstração de comportamento desvirtuado do réu no meio social, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela não aplicabilidade da Súmula 444/STJ, sendo possível a valoração negativa da conduta social." (fl. 226).

Da leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que tanto o MM. Juízo sentenciante, quanto o eg. Tribunal de origem, ao procederem a dosimetria da pena, consideraram como desfavorável o vetor **conduta social**.

No que diz respeito à valoração negativa da circunstância judicial

conduta social, identifico que as instância ordinárias valeram-se de idêntico e inidôneo fundamento para sua negativação. Confira a jurisprudência desta Corte de Justiça a respeito dessa circunstância judicial:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO.* ***PENA-BASE. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL****. LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AÇÃO PENAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO.*
>
> *1.* ***Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ****.*
>
> *2. O fato de o denunciado ter sido preso em flagrante enquanto gozava liberdade provisória concedida nos autos de outro processo-crime, no qual não havia sido proferida sentença condenatória transitada em julgado, não justifica o incremento da pena-base, em especial pela valoração negativa da conduta social do agente.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp n. 1.781.590/SC, **Quinta Turma,** Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 14/5/2019, grifei).

Diante dessa consideração, afasto a valoração negativa da **personalidade** e da **conduta social**.

Por fim, no que diz respeito à alegação de violação ao art. art. 33, § 2°, **c**, do Código Penal, no sentido de que "*[...] o recorrente não pode ter em seu desfavor a valoração da circunstância judicial conduta social, pois a afirmação de que o réu responde por outras ações penais é totalmente inidôneo, conforme já foi exposto anteriormente. Logo, deve ser modificada a fixação do regime inicial de cumprimento de pena para* ***o regime aberto, ante o quantum da pena fixada***" (fl. 278), de igual modo, constato que o reclamo merece prosperar, em parte.

O eg. Tribunal **a quo**, ao analisar a **quaestio**, negou a modificação do regime inicial de cumprimento da pena pela seguinte fundamentação,

verbis:

"*Ora, ao contrário do alegado pela defesa a fundamentação se mostra idônea, pois, consoante determina o art. 33, § 3°, do Código Penal, na determinação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se levar em consideração as circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Senão vejamos:*

> *Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi- aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*
> *(...)*
> *§ 3° - **A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código**.*

Com efeito, conforme restou cabalmente demonstrado a circunstância judicial da conduta social se mostra desfavorável, de forma que se mostra inapropriada a fixação de regime carcerário mais brando, em consonância com o disposto no dispositivo acima.

Nesta senda, mantenho o regime de cumprimento de pena o inicialmente fechado." (fl. 229, grifos no original).

Portando, **mostra-se incorreto o v. acórdão objurgado**, tendo em vista que se valeu de fundamentos inidôneos para manter o regime inicial fechado de cumprimento da pena, utilizando-se, para tanto, unicamente, do fato de ter sido valorada como negativa a vetorial conduta social.

Com efeito, tal entendimento **não** encontra guarida nesta Corte Superior de Justiça, que possui entendimento consolidado no sentido de que "*os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal)*" (HC n. 404.657/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 26/2/2018).

Conforme mencionou o ilustre representante ministerial, em seu d. **parecer**: "*[...] o Tribunal a quo manteve o regime inicial fechado em razão de a pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal, ante a valoração negativa de circunstância judicial do art. 59 do Código Penal (fls. 228/229 e-STJ). Por outro lado, considerando a pena total aplicada (4 anos), mostra-se*

adequada a fixação do regime inicial semiaberto" (fl. 414). Nesse sentido, confira-se:

> "*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *II - **A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, em relação ao regime de cumprimento da prisão, é uniforme no sentido de 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" (Súmula 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF)**.*
>
> *III - **Na hipótese, constata-se que o regime inicial fechado foi determinado somente com base na mera reprodução das elementares do tipo do delito de roubo majorado e em considerações vagas e genéricas relativas às circunstâncias do crime, não sendo apresentado fundamento concreto e idôneo para imposição de regime mais gravoso**.*
>
> *[...]*
>
> *Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto, para o início de cumprimento da pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação**.*" (HC n. 413.576/SP, **Quinta Turma**, de **minha lavra**, DJe de 27/11/2017, grifei).

> "*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE PESSOAS. E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA. **REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO**. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. **GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCEDIDO O MODO SEMIABERTO**. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. O Tribunal de origem não logrou êxito em demonstrar a necessidade de manutenção do regime inicial fechado. Dessa forma, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 8 anos, cuja pena-base foi estabelecida*

> *no mínimo legal, faz jus o paciente ao regime **semiaberto**, em coerência com a orientação firmada nas Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF e, conforme dispõe o art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.*
>
> *2. Agravo regimental improvido*." (AgRg no HC n. 413.416/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 24/11/2017, grifei).

Assim, considerando que o acórdão recorrido **não** está em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça acerca do tema, incide, **in casu**, a **Súmula n. 568/STJ**, que assim dispõe, **verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá **dar** ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Assim, tendo em vista o afastamento da circunstância judicial conduta social, pelas razões acima alinhavadas, deve ser refeita, **in casu**, a dosimetria da pena.

Na **primeira fase**, excluo a valoração negativa da circunstância judicial **conduta social**, e estabeleço a **pena-base** no patamar mínimo legal, qual seja, em **4 (quatro) anos de reclusão**, mais 10 (dez) dias-multa.

Na **segunda fase**, mantém-se a aplicação da circunstância atenuante da **confissão espontânea**, pelo que mantenho a pena no referido patamar, em obediência ao que preconizado na **Súmula n. 231/STJ**.

Na **terceira e última fase**, mantém-se o afastamento a aplicação da **causa de aumento** prevista no § 2º, inciso I, do art. 157 do Código Penal, pelo que torno a pena definitiva no referido patamar, qual seja, **4 (quatro) anos de reclusão**, mais 10 (dez) dias-multa.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, I e III, do Regimento Interno do STJ, acolho o parecer ministerial para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento, para reduzir a reprimenda corporal do agravante para **4 (quatro) anos de reclusão**, e alterar o regime inicial para o **semiaberto**, mais 10 (dez) dias-multa.

P. I.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator