

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

***HABEAS CORPUS* Nº 100.002 / SÃO PAULO
(2008/0027234-1)**

RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI

IMPETRANTE: GIOVANNA BLANCO MAGDALENA – DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: ÉDER MOREIRA DOURADO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DA CONDUTA DELITUOSA E NA EXISTÊNCIA DE OUTRAS AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTOS INADEQUADOS. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E 440 E 444 DO STJ. REGIME SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 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 sanção no regime semiaberto, observando-se os critérios do artigo 59 do referido diploma legal.

2. Este Sodalício editou, recentemente, a Súmula nº 440, que sintetiza o entendimento no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a determinação de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da pena imposta com base apenas na gravidade abstrata do delito.

3. Na hipótese, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, restando a sanção definitiva fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, com fundamento na reprovabilidade abstrata do tipo penal e na existência de ações penais ainda em curso em seu desfavor.

4. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes para a elevação da pena-base, sob pena de afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade (Súmula nº 444 deste STJ); portanto, também não podem ser utilizados para fundamentar a fixação de regime prisional mais gravoso.

5. Ordem concedida para estabelecer o modo inicial semiaberto à execução da pena imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

HABEAS CORPUS Nº 100.002 / SÃO PAULO (2008/0027234-1)

IMPETRANTE: GIOVANNA BLANCO MAGDALENA – DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: ÉDER MOREIRA DOURADO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de ÉDER MOREIRA DOURADO contra aresto da 11ª Câmara do 6º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal nº 00905597.3/2-0000-000, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por violação ao art. 157, §2º, II, do Código Penal.

Sustentam os impetrantes que o apenado é vítima de constrangimento ilegal, aduzindo que o modo mais gravoso foi firmado com amparo na gravidade em abstrato

da conduta delituosa, sem observar o disposto no art. 33, §2º, *b*, do CP e o verbete nº 718 da Súmula da Suprema Corte.

Entendem que o paciente faz jus ao regime inicial semiaberto, pois é primário, detentor de bons antecedentes, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a sanção definitiva não ultrapassa oito anos de reclusão.

Salientam, ainda, que as certidões referidas na sentença são relativas a processos em andamento, os quais não podem ser utilizados para justificar o estabelecimento do modo mais gravoso para resgate da reprimenda.

Requerem a concessão do remédio constitucional para que se permita ao condenado cumprir a sanção no modo inicial intermediário.

Liminar indeferida (fl. 34).

Informações prestadas às fls. 39 a 64.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou (fls. 66 a 70) pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 100.002 / SÃO PAULO (2008/0027234-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca-se neste *writ* a modificação do regime inicial de cumprimento da pena, o qual teria sido estipulado com amparo na gravidade genérica do delito e sem considerar as circunstâncias do caso concreto, favoráveis ao apenado.

Quanto ao modo da execução da reprimenda, o Juízo de Direito da 30ª Vara Criminal asseverou, na sentença condenatória, *verbis*:

Nos termos dos arts. 59 e 60 do Código Penal, considero a normal intensidade da reprovabilidade, observado o tipo penal: primariedade; menoridade; responde a outros processos em Osasco-SP (fls. 137 e 150), configurando os maus antecedentes; as circunstâncias e consequências do evento, especialmente a recuperação do veículo; a ambição como motivo do crime; ter o réu demonstrado possuir personalidade voltada para seus próprios interesses, dissimulado e sem arrependimento, sua pobreza, condição social e vida pregressa, a vítima não deu causa ao evento e o necessário para a repressão e prevenção de crimes.

Sopesadas tais circunstâncias judiciais, arbitro as penas bases em quatro (04) anos de reclusão e multa de dez (10) dias-multa, fixado

o valor unitário no mínimo legal, nos termos do art. 157, caput, do Código Penal. Sem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, elevo-as em um terço (1/3), perfazendo cinco anos e quatro meses de reclusão e multa de treze dias-multa, mantido o valor unitário, nos termos dos incisos I e II, do referido art. 157 – desnecessário aumento maior. Tais penas tornam-se definitivas pela inexistência de outras causas modificadoras. [...].

Iniciará a execução da pena privativa de liberdade em regime fechado. As circunstâncias judiciais, de modo geral, não permitem outro regime. Sua personalidade não demanda a necessária confiança para prognóstico de adaptação ao regime intermediário, demonstrado ser dissimulado. As estatísticas dos crimes de roubo têm se elevado ano após ano, demandando uma atuação mais enérgica do Poder Judiciário para a regressão daqueles que preferem a prática de tais crimes, traduzindo-se o regime fechado o mais eficaz e correspondente a uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade violenta. (fls. 14 a 16)

A Corte impetrada, por sua vez, improveu o apelo defensivo e manteve o sistema inicial nos seguintes termos, *litteris*:

Por fim, o apelante não faz jus a adoção de regime prisional mais brando, eis que, como reconhecido no *decisum*, praticou crime grave, em concurso de agentes e mediante emprego de arma de fogo, o que demonstra que não preenche os requisitos subjetivos descritos no §3º do artigo 33 do Código Penal. (fl. 30)

Da leitura dos excertos transcritos, evidencia-se que o regime inicial de execução foi estipulado com fulcro na opinião em abstrato dos julgadores acerca do crime e na consideração de elementos descritivos próprios do tipo penal, justificativa que, consoante o entendimento reiterado desta Corte, é inidônea à determinação de regime mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal, como na hipótese.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. ESTABELECIMENTO DO REGIME FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

[...]

2. A gravidade abstrata do delito não é justificativa idônea à fixação de regime prisional mais gravoso. No caso, a pena-base foi fixada em seu mínimo legal e consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais. Assim, não há óbice ao estabelecimento do regime semiaberto.

3. Ordem concedida para, afastando da condenação o acréscimo decorrente do emprego de arma, reduzir a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, bem como garantir ao paciente o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento da pena privativa de liberdade. (HC 119104/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 14/12/2009)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 33, §2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 269 e 440 DO STJ. ISENÇÃO DE CUSTAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

[...]

2. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, §2º, do Código Penal).

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/STJ).* [...]

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para fixar o regime inicial semiaberto para o início de cumprimento das penas impostas aos pacientes. (HC 160769/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 02/08/2010)

Acrescenta-se:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CRIME CONSUMADO. DISPENSABILIDADE DA POSSE TRANQUILA DA *RES FURTIVA*. IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS) E FIXADA, EM DEFINITIVO, EM 5 ANOS

E 4 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PENA SUPERIOR A 2 ANOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

[...]

3. *As doughtas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ). Ressalva do entendimento pessoal do Relator.*

4. Tem-se por prejudicado o pedido de suspensão condicional da pena, visto que condicionado à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 14, parág. único do CPB (tentativa). Assim, mantido o acórdão impugnado no ponto em que reconheceu a consumação do delito e consequentemente a pena aplicada, não há como ser aplicado o benefício do art. 77 do CPB, diante do não preenchimento do requisito objetivo (pena não superior a 2 anos).

5. *Habeas Corpus* parcialmente concedido, em conformidade com o parecer ministerial apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 149.183/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2010).

A matéria, aliás, foi recentemente sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado nº 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 nºs 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.

Anote-se que esse, também, é o entendimento da doutrina majoritária, consoante se extrai da lição do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Código Penal Comentado*:

Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave – não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve –, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos “circunstâncias e consequências do crime”, previstos no art. 59.
[...]

Logo, se o réu recebeu pena mínima, porque todas as circunstâncias judiciais eram favoráveis, o fato de ter cometido delito considerado abstratamente grave não é motivo para colocá-lo em regime mais severo.
[...]

Em síntese: recebendo pena no mínimo, a regra é que o regime seja, também, o mais favorável. Elevando-se a pena acima do piso, é lógico que o magistrado possa estabelecer regime mais rigoroso. Em situações excepcionais, poder-se-ia admitir a pena no mínimo e regime mais severo.

Concluindo, o mais importante nesse cenário é a fundamentação da decisão, seja no tocante à fixação do *quantum* da pena privativa de liberdade, seja no que concerne à escolha do regime. (7ª edição, 2007, p. 298 e 299, Editora Revista dos Tribunais)

Por fim, faz-se relevante registrar o entendimento desta Corte Superior no sentido da impossibilidade de se valorar inquéritos ou ações penais em curso à época do decreto condenatório como elementos aptos a negatizar os antecedentes, sob pena de se vulnerar o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), conforme se extrai dos seguintes precedentes:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE FURTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA

DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. SURSIS. NÃO CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. *A consideração de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento, para a exacerbação da pena-base e do regime prisional, viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF). Precedentes do STJ.*

2. Fixada a pena em 6 meses de reclusão pela prática de delito cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, não havendo notícia de reincidência e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente ser beneficiado com o regime inicial mais brando e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito nos termos do art. 44 do Código Penal.

3. Somente é aplicável o SURSIS às hipóteses em que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP (art. 77, III, do Código Penal).

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, mantendo-a no patamar de 6 meses de reclusão no regime aberto e 5 dias-multa, e deferir-lhe o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento. (HC nº 140.306/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009).

HABEASCORPUS.FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO.REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS, TENDO EM VISTA A FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA CONSIDERAR COMO NEGATIVAS AS CIRCUNSTÂNCIAS RELATIVAS AOS MAUS ANTECEDENTES E À PERSONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL.

1. A ausência de análise pelo Tribunal *a quo* acerca da alegada fixação de regime inicial para cumprimento de pena não configura hipótese de supressão de instância, na medida em que, tratando-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido no julgamento de recurso de apelação, ocorre o efeito devolutivo amplo, sendo prescindível constar expressamente no aresto a tese defendida na impetração.

2. *Em primeiro lugar, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em*

respeito ao princípio da não culpabilidade. Da mesma forma, esses elementos não podem ser considerados para elevar a pena-base e ensejar a imputação de regime prisional mais gravoso que o previsto, in casu, no art. 33, §3º, alínea c, do Código Penal.

3. A substituição da pena privativa de liberdade é adequada à espécie, porquanto o Recorrente é tecnicamente primário e o delito de falsificação de documento público não foi cometido com violência ou grave ameaça.

4. Ordem concedida para determinar a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, ficando a cargo do juízo das execuções criminais a sua implementação. *Habeas corpus* concedido de ofício para fixar a pena-base no mínimo legal. (HC nº 129.072/SP, Rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/9/2009, DJe 26/10/2009).

Esta é, aliás, a orientação resumida pelo enunciado na Súmula nº 444 deste Superior Tribunal de Justiça, recentemente aprovada, que estabelece que: “*É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.*”

Dessarte, resta evidenciado o constrangimento ilegal, pois, tendo sido o regime de encarceramento mais severo baseado em circunstância judicial inidônea e não se verificando haver qualquer especificidade que justifique a imposição de um maior gravame à liberdade do apenado, haja vista a primariedade, as circunstâncias judiciais favoráveis e a pena-base fixada no mínimo legal, de rigor a observância do disposto no art. 33, §2º, *b*, do Código Penal.

Ante o exposto, concede-se a ordem para reformar o aresto impetrado e estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente, a teor do artigo 33, §2º, *b*, do CP.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0027234-1

HABEAS CORPUS Nº 100.002 / SÃO PAULO

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13132004 50040745872 9055973

EM MESA

JULGADO: 21/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI
Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI
Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO
Secretário
Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: GIOVANNA BLANCO MAGDALENA – DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE: ÉDER MOREIRA DOURADO
ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra o Patrimônio – Roubo Majorado

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, concedeu a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília, 21 de setembro de 2010.

LAURO ROCHA REIS

Secretário