



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 127.634 - SP (2009/0020013-4)**

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO APARECIDO CRISTINO VENÂNCIO
PACIENTE : LUCAS ALEX PINTO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL INICIAL. PRIMEIRO PACIENTE REINCENTE ESPECÍFICO. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. MODO FECHADO. LEGALIDADE. SEGUNDO PACIENTE PRIMÁRIO. ALTERAÇÃO PARA O SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

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

2. Todavia, o regime prisional inicial fechado é adequado ao primeiro paciente, não obstante a sanção tenha sido dosada abaixo de 8 anos e a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, tendo em vista a reincidência específica em crime de roubo, o que autoriza a escolha do modo mais gravoso de execução penal.

3. Em relação ao segundo sentenciado, réu primário, com pena-base fixada no mínimo legal, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com esteio na gravidade abstrata do delito. Inteligência do art. 33, § 2º, *b* e § 3º c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido apenas para estabelecer o regime inicial semiaberto a LUCAS ALEX PINTO DA SILVA.

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de novembro de 2009. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.634 - SP (2009/0020013-4)

IMPETRANTE : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO APARECIDO CRISTINO VENÂNCIO
PACIENTE : LUCAS ALEX PINTO DA SILVA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de LUCIANO APARECIDO CRISTINO VENÂNCIO e LUCAS ALEX PINTO DA SILVA contra acórdão da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, ao prover parcialmente a Apelação Criminal n. 993.08.041928-0, ajuizada pela defesa, manteve o regime inicial fechado e reduziu a pena para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 14 dias-multa, em razão da prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

Sustenta o impetrante que os pacientes são vítimas de constrangimento ilegal, porquanto foi-lhes imposto regime carcerário mais gravoso, não obstante a existência de fatores que levariam ao sistema prisional semiaberto, no esteio do que dispõe o art. 33, § 2º, *b*, do aludido Diploma legal.

Defende que a gravidade abstrata do delito não tem o condão de impor o agravamento do regime inaugural, exigindo motivação em dados concretos da lide, consoante entendimento preconizado nas Súmulas 718 e 719 da Suprema Corte.

Aduz que em relação ao sentenciado LUCIANO, apesar de ser reincidente, o regime semiaberto para o cumprimento inicial da reprimenda é medida que se impõe, ao teor da Súmula n. 269/STJ.

Requer a concessão da ordem para que seja determinado o cumprimento das penas em regime semiaberto.

Documentação juntada a fls. 11 a 30.

A liminar foi indeferida (fls. 33).

Informações prestadas a fls. 40 a 111.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem, tão-somente, em relação ao paciente LUCAS ALEX PINTO DA SILVA.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.634 - SP (2009/0020013-4)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (RELATOR): Busca-se no *writ* alterar o sistema inicial do fechado para o semiaberto, ao argumento de que o mais severo fora determinado com base na gravidade abstrata do delito, sem considerar as circunstâncias judiciais favoráveis aos pacientes.

No que concerne ao apenado LUCAS ALEX PINTO DA SILVA, a Corte de origem alterou e reduziu a pena-base de 5 anos e 2 meses para 4 anos e 8 meses, por entender que os processos em andamento não caracterizam maus antecedentes e não podem ser utilizados para exacerbar a reprimenda inicial, em sintonia com o princípio constitucional da presunção de inocência. Contudo, manteve o regime mais rigoroso, apoiando seu convencimento na gravidade abstrata do delito, consoante se observa da leitura do seguinte excerto extraído do voto condutor do aresto objurgado:

*"No tocante ao acusado **Lucas**, usando os mesmos critérios reduz-se a pena-base a 4 anos e 8 meses de reclusão, pela intensidade do dolo, afastando-se o aumento pelos maus antecedentes, posto que processos em andamento não podem ser erigidos à categoria de 'maus antecedentes', para efeito de majoração na fixação da pena-base, sob pena de se avaliar o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da C. F.)*
[...]

Impossível a modificação do regime prisional fechado, corretamente fixado porque compatível com a gravidade do delito.

Os acusados envolveram-se em crime de roubo, delito que vem intranquilizando a população, cujas consequências do delito são nefastas, traumatizando a vítima de forma irreversível, gravando um nódoa indelével e das mais desagradáveis em sua memória, vindo também a alcançar seus familiares, isso, evidentemente, sem se cogitar do desfalque patrimonial.

Sabidamente, o delito de roubo revela extrema periculosidade do agente, sendo irrelevante sua eventual primariedade ou menoridade relativa.

A sociedade se vê a cada dia mais acuada em consequência da ação de marginais, sempre mais audazes e violentos e por isso reclama do Estado e do Poder Judiciário, em especial, severa e pronta resposta àqueles



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que são condenados pela prática de tão grave conduta." (fls. 28 e 29).

Verifica-se, portanto, que o regime inicial de execução foi determinado com base na opinião, em abstrato, dos julgadores acerca do delito, em dissonância com o entendimento deste Tribunal Superior, que é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e detentor de bons antecedentes, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso, em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, *verbis*:

"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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."

Nesse vértice:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS.

I - Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência das mesmas, como o foi na espécie, mas sim com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

II - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto (Precedentes).

III - 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 c, e § 3º, do CP (Precedentes).

IV - "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 Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

Ordem concedida." (HC 99.184/SP, rel Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 10-6-2008)

"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS). PENA CONCRETIZADA EM 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PRIMARIEDADE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ORDEM CONCEDIDA, PARA FIXAR O REGIME ABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO PACIENTE.

1. Conforme entendimento sedimentado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 88.862/PA, o fato do Tribunal de Justiça Paulista não ter conhecido do **writ** ali impetrado, não impede que esta Corte analise a questão de mérito nele posta, uma vez que, para a apreciação do remédio constitucional do **Habeas Corpus**, não se exige o chamado prequestionamento, mas apenas que a matéria tenha sido submetida ao Tribunal coator.

2. As duntas 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).

3. Ressalva do entendimento pessoal do Relator, de que o Magistrado não está vinculado, de forma absoluta, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime diverso do aberto ou semi-aberto, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Parecer do MPF pela concessão da ordem para que o TJ/SP analise o pleito de alteração do regime de cumprimento da pena.
5. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente." (HC 98.421/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 22-4-2008)

A matéria encontra-se sumulada na Suprema Corte, nos enunciados 718 e 719:

"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."

Ademais, cumpre destacar que esse, também, é o entendimento da doutrina majoritária, coincidente com a ensinança 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 conseqüências 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, pp. 298 e 299, Editora Revista dos Tribunais).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao sentenciado, LUCIANO APARECIDO CRISTINO VENÂNCIO, o egrégio Tribunal *a quo* anotou ser o réu reincidente específico, visto que ostenta condenação definitiva pela prática do crime de roubo, razão por que fixou a pena em 6 (seis) anos, 2 (meses) e 20 (vinte) dias de reclusão, mantendo, contudo, o modo inaugural fechado:

*"Com relação ao réu **Luciano**, ficou evidenciado que o mesmo é **reincidente** (fls. 06-B, dos autos em apenso), devendo ser suficiente o acréscimo de 1/6.*

Seguindo as mesmas diretrizes adotadas em primeiro grau, fixa-se a pena-base no mínimo legal, ou seja, 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, acrescida de 1/6 em razão da reincidência, resultando em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa, mantido o aumento de 1/3 pela qualificadora, totalizando as penas de 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 14 dias-multa.

[...]

Impossível a modificação do regime prisional fechado, corretamente fixado porque compatível com a gravidade do delito.

Os acusados envolveram-se em crime de roubo, delito que vem intranquilizando a população, cujas conseqüências do delito são nefastas, traumatizando a vítima de forma irreversível, gravando um nódoa indelével e das mais desagradáveis em sua memória, vindo também a alcançar seus familiares, isso, evidentemente, sem se cogitar do desfalque patrimonial.

Sabidamente, o delito de roubo revela extrema periculosidade do agente, sendo irrelevante sua eventual primariedade ou menoridade relativa.

A sociedade se vê a cada dia mais acuada em conseqüência da ação de marginais, sempre mais audazes e violentos e por isso reclama do Estado e do Poder Judiciário, em especial, severa e pronta resposta àqueles que são condenados pela prática de tão grave conduta." (fls. 27 a 29)

Da análise do excerto supra, verifica-se que o regime fechado foi adequadamente firmado ao paciente, pois, não obstante a sanção tenha sido dosada abaixo de 8 (oito) anos e a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a reincidência impõe o modo mais gravoso de resgate da sanção penal, ao teor do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS. INAPTIDÃO DA ARMA PARA EFETUAR DISPAROS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA NÃO APLICÁVEL. IRRELEVÂNCIA NO MONTANTE DA PENA. REGIME PRISIONAL. PRIMEIRO PACIENTE RECONHECIDAMENTE REINCIDENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. SEGUNDO PACIENTE PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, ALÍNEAS C, e § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Embora o uso de arma de fogo inapta a efetuar disparos não possa ensejar causa especial de aumento da pena no crime de roubo, na hipótese, o redimensionamento da pena do Paciente importaria em **reformatio in pejus**, o que não é possível.

2. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao primeiro Paciente, que é reconhecidamente reincidente e foi condenado à pena superior a quatro anos. Inteligência do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, e da Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça. 3. Em relação ao segundo Paciente, réu primário e de bons antecedentes, com pena-base fixada no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. **Habeas corpus** parcialmente concedido apenas para estabelecer o regime inicial aberto ao Paciente ALEXANDRE AUGUSTO PEREIRA DE MATOS, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais." (HC 97.865/SP, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 22.04.2008 p. 1)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO EMPREGO DE ARMA. I - Sendo o réu reincidente, e a pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial para a execução da pena de reclusão é o fechado. (Precedentes).

II - Na dicção da douda maioria, não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante. (Precedentes). **Writ** denegado." (HC 77.879/SP, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 01.10.2007 p. 323)

"HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO COMO INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1 - A despeito de se haver fixado no mínimo legal a pena-base do paciente, condenado a 7 anos, a escolha do regime fechado foi rigorosamente acertada diante da circunstância de ser o paciente reincidente, impeditiva da estipulação do regime semi-aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

2 - Habeas corpus denegado." (HC 45317/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 03/04/2006 p. 420)

Ante o exposto, concede-se em parte a ordem apenas para estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente LUCAS ALEX PINTO DA SILVA.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0020013-4

HC 127634 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 7722007 99308041928

EM MESA

JULGADO: 03/11/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO APARECIDO CRISTINO VENÂNCIO
PACIENTE : LUCAS ALEX PINTO DA SILVA

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de novembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário