



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 245.372 - SP (2012/0119702-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : RAFAEL BRAGA VINHAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO AUGUSTO DA CONCEIÇÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA INTERMEDIÁRIA. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DO MODO ABERTO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso que o legalmente previsto.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado, e a exegese da Súmula 440 deste Superior Tribunal de Justiça é no mesmo norte.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PRETENDIDO DEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA. IRRELEVÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AGENTE PRIMÁRIO. ILEGALIDADE CONSTATADA.

1. Atendidos os requisitos exigidos pelo art. 77, do Código Penal, afigura-se viável a concessão do benefício da suspensão condicional da pena (*sursis*) na hipótese, sendo irrelevante o fato de tratar-se de crime cometido mediante grave ameaça exercida com emprego de faca.

2. Ordem concedida para estabelecer o regime aberto como o inicial de cumprimento da sanção aplicada ao paciente, bem como para determinar a suspensão condicional da reprimenda, devendo o Juízo da Execução competente estabelecer as condições para o cumprimento do benefício, mantidos, no mais a sentença e o aresto impugnado.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 245.372 - SP (2012/0119702-0)

IMPETRANTE : RAFAEL BRAGA VINHAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO AUGUSTO DA CONCEIÇÃO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de PAULO AUGUSTO DA CONCEIÇÃO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação n.º 0013317-48.2011.8.26.0562, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à sanção de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 157, § 2º, inciso I, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para o estabelecimento do regime inicial semiaberto para resgate da reprimenda imposta ao paciente.

Argumenta que o sentenciado preencheria os requisitos para a imposição do modo de execução mais brando para cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.

Ressalta que, nos termos dos enunciados sumulares nº 440 desta Corte Superior e nº 718 do STF, a gravidade em abstrato do delito, por si só, não seria suficiente para justificar a escolha de regime inicial mais gravoso que o indicado pela lei segundo a quantidade de pena aplicada.

Reclama ainda que a suspensão condicional da pena deveria ter sido deferida ao paciente, isto porque este é primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis e a pena foi aplicada em patamar inferior a 2 (dois) anos de reclusão, restando preenchidos todos os requisitos do art. 77 do CP.

Requer a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial aberto ao paciente, bem como para que lhe seja deferido o *sursis*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal opinou para que se julgasse prejudicado o *mandamus*, diante da regressão do paciente ao regime fechado, em razão do abandono do cumprimento do modo semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 245.372 - SP (2012/0119702-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, não há o que se falar em prejudicialidade do presente remédio constitucional diante da progressão do paciente ao regime semiaberto e posterior regressão à forma fechada, pelo cometimento de falta grave, noticiada pelo Juízo singular a fls. 32, pois se cuida, na espécie, de verificar a ilegalidade ou não da imposição do modo inicial de cumprimento da pena que lhe foi imposta, que, acaso constatada, deverá ser modificada, permitindo ao mesmo a progressão para regime mais brando, a critério e julgamento do Juízo da Execução.

Das informações que instruem os autos observa-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, ao cumprimento da reprimenda de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 157, § 2º, inciso I, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, porque, no dia 13-4-2011, durante a madrugada, na cidade de Santos/SP, mediante grave ameaça exercida com emprego de faca, tentou subtrair, para si, a importância de R\$ 14,00 (quatorze reais) em dinheiro, pertencente à vítima.

Da denúncia, consta que:

Segundo apurou-se, quando dos fatos, o ofendido caminhava pela via pública, oportunidade em que dele aproximou-se o ora denunciado, que pedalava em uma bicicleta, e, munido de uma faca, dia 'passa tudo, fica quieto e não corra'.

Ato contínuo, a vítima entregou ao denunciado o indigitado numerário, tendo o mesmo se evadido em seguida na posse da res.

Ocorre que o ofendido pediu auxílio a uma viatura policial que passava nas imediações, narrando o ocorrido aos milicianos, que saíram em perseguição do roubador, logrando detê-lo na rua Brás Cubas, ainda na posse da res (fls. 16), sendo essa a circunstância alheia à vontade do agente, que impediu-o de consumir o roubo. (fls. 34).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem, ao qual foi negado provimento, mantendo-se, na íntegra, o édito condenatório.

No tocante ao regime inicial de execução, o Juízo singular fundamentou a imposição do modo inicial semiaberto "*devido a gravidade da conduta praticada*" (fls. 14).

A Corte impetrada, por seu turno, manteve o regime prisional intermediário considerando o seguinte:

O magistrado estabeleceu o regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda, de acordo com a quantidade de pena e os parâmetros previstos no art. 33, § 2º, alínea 'b', do Código Penal. (fls. 19)

Do contexto dos autos, observa-se que o regime inicial de execução foi estabelecido com amparo em afirmações genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado, fundamentos que, nos termos do já reiterado entendimento adotado por este Sodalício, são insuficientes à determinação de modo mais gravoso, sobretudo quando o réu é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, foi recentemente sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 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 fim, vale registrar que esse também é o entendimento da doutrina majoritária, coincidente com a ensinança do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).*

Desta forma, mister reconhecer a ocorrência do sustentado constrangimento ilegal quanto à forma de execução, devendo ser alterado para o modo aberto o regime inicial de resgate da reprimenda.

No tocante à ilegalidade decorrente do indeferimento da suspensão condicional da pena ao paciente, verifica-se que também quanto ao ponto assiste razão ao impetrante, isto porque a mencionada benesse foi negada pela Corte Estadual sob a seguinte fundamentação:

[...] diante da pena imposta, bem como pelas circunstâncias do crime, o qual foi praticado mediante grave ameaça, exercida com a utilização de arma branca, não admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nem a suspensão condicional da pena, nos termos dos artigos 44 e 77 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, para que se efetue a concessão do *sursis*, faz-se necessário o atendimento dos requisitos previstos no art. 77, I, II e III, do CP, que se encontram assim disciplinados:

"Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa, por dois a quatro anos, desde que:
I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
III - não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código."

Com efeito, observa-se da leitura do dispositivo acima transcrito que inexistente vedação legal para a concessão do pretendido benefício aos condenados por crime cometido com violência ou grave ameaça e, assim, tendo a pena sido aplicada em patamar inferior a 2 (dois) anos de reclusão, sendo o paciente primário e com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, evidencia-se que, no caso em comento, os requisitos previstos no art. 77, do CP foram atendidos, fazendo *jus*, o ora paciente, ao benefício do *sursis*.

A propósito, o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, CAPUT, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CRIME COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA. INVIÁVEL. SURSIS. POSSIBILIDADE.

I - 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.

II - 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).

III - "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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

718 da Súmula do Pretório Excelso).

IV - Não se admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao condenado por crime cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa (Precedentes).

V - Por sua vez, preenchido os requisitos constantes do art. 77, do Código Penal, afigura-se viável a concessão do benefício da suspensão condicional da pena (sursis).

Writ parcialmente concedido.

(HC 110.578/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2008, DJe 02/02/2009 - destacamos)

Ante o exposto, **concede-se a ordem** para estabelecer o modo aberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente, bem como para determinar a suspensão condicional da reprimenda, devendo o Juízo da Execução competente estabelecer as condições para o cumprimento do benefício, mantidos, no mais a sentença e o aresto impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0119702-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 245.372 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 133174820118260562 2842011

EM MESA

JULGADO: 02/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL BRAGA VINHAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : PAULO AUGUSTO DA CONCEIÇÃO

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 Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.