



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 152.389 - SP
(2012/0061668-7)**

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : EDUARDO ANTÔNIO MIGUEL ELIAS
ADVOGADO : RICARDO PONZETTO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INTERROGATÓRIO REALIZADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.719/2008, QUE ALTEROU O ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. MERA REITERAÇÃO DE PEDIDO DEDUZIDO NO **HABEAS CORPUS** Nº 180.753/SP. PRETENSÃO RECURSAL PREJUDICADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE INADEQUADA VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E DA CONDUTA SOCIAL. PENA MAJORADA SEM O CÔMPUTO NEGATIVO DESSAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. REGIME INICIAL. PENA ENTRE QUATRO E OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVAMENTO. FECHADO. ARTS. 33, §§ 2º E 3º, E 59 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. **NE REFORMATIO IN PEJUS**. MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.

I. A análise anterior do objeto do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça implica perda de interesse recursal e prejudicialidade da pretensão recursal.

II. A correta fundamentação da dosimetria penal e a não exasperação da pena com base nas circunstâncias judiciais alegadas implica perda de interesse recursal.

III. Muito embora o entendimento firmado nesta Corte Superior implique a fixação do regime inicial fechado, ante a não apresentação de circunstâncias judiciais favoráveis, nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal, em observância ao princípio *ne reformatio in pejus*, presente tão-somente recurso da defesa, razoável a manutenção do regime inicial no semiaberto.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 152.389 - SP
(2012/0061668-7)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: EDUARDO ANTÔNIO MIGUEL ELIAS interpôs agravo regimental contra r. decisão que rejeitou os embargos declaratórios, mantendo decisão que conheceu do agravo e negou seguimento ao recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO REALIZADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.719/2008, QUE ALTEROU O ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. MERA REITERAÇÃO DE PEDIDO DEDUZIDO NO HABEAS CORPUS N.º 180.753/SP. PRETENSÃO RECURSAL PREJUDICADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE INADEQUADA VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E DA CONDUTA SOCIAL. PENA MAJORADA SEM O CÔMPUTO NEGATIVO DESSAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. REGIME INICIAL. MANUTENÇÃO. PENA ENTRE QUATRO E OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVAMENTO. FECHADO. ARTS. 33, §§ 2.º E 3.º, E 59 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NE REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. AGRADO CONHECIDO, PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL" (fl. 1138).

No presente agravo regimental, reitera as razões do recurso especial, renovando suas argumentações acerca da violação ao devido processo legal pela não realização de novo interrogatório e à equivocada fixação da dosimetria penal.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada e, subsidiariamente, pela submissão do agravo à Turma julgadora.

Por manter o **decisum**, trago o feito ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 152.389 - SP
(2012/0061668-7)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INTERROGATÓRIO REALIZADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.719/2008, QUE ALTEROU O ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. MERA REITERAÇÃO DE PEDIDO DEDUZIDO NO **HABEAS CORPUS** Nº 180.753/SP. PRETENSÃO RECURSAL PREJUDICADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE INADEQUADA VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E DA CONDUTA SOCIAL. PENA MAJORADA SEM O CÔMPUTO NEGATIVO DESSAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. REGIME INICIAL. PENA ENTRE QUATRO E OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVAMENTO. FECHADO. ARTS. 33, §§ 2º E 3º, E 59 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. **NE REFORMATIO IN PEJUS**. MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.

I. A análise anterior do objeto do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça implica perda de interesse recursal e prejudicialidade da pretensão recursal.

II. A correta fundamentação da dosimetria penal e a não exasperação da pena com base nas circunstâncias judiciais alegadas implica perda de interesse recursal.

III. Muito embora o entendimento firmado nesta Corte Superior implique a fixação do regime inicial fechado, ante a não apresentação de circunstâncias judiciais favoráveis, nos termos dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal, em observância ao princípio *ne reformatio in pejus*, presente tão-somente recurso da defesa, razoável a manutenção do regime inicial no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Em que pesem os argumentos do agravante, o recurso não merece prosperar, devendo ser mantido o **decisum** ora agravado:

"De início, a tese relacionada à eventual nulidade processual por não ter havido novo interrogatório do Recorrente ao final da instrução, dada a edição da Lei n.º 11.719/2008, é mera reiteração de pedido deduzido no habeas corpus n.º 180.753/SP, cujo mérito já foi apreciado pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça. A ementa do julgado está assim definida:

[...]

*Com efeito, a análise da alegada afronta ao art. 400 do Código de Processo Penal resta **prejudicado**, ante a superveniente ausência de interesse recursal.*

No mais, o acórdão reprochado manteve in totum a dosimetria exarada na sentença condenatória, apenas alterando o regime inicial para o semiaberto. A pena firmada na sentença condenatória está apoiada nos seguintes fundamentos, litteris:

"[...]

Não há dúvida, portanto, que o réu praticou o fato típico descrito na denúncia e, com inegável dolo, se apropriou do dinheiro da vítima, na condição de advogado.

***Considerando a gravidade do fato e de suas consequências, a condição de saúde da vítima e os valores expressivos, a base é fixada em dois anos de reclusão e 30 dias-multa.** Não há atenuantes (o réu não confessou). Incide a agravante de o crime ter sido cometido contra maior de 60 anos, razão pela qual as penas se elevam a dois anos e quatro meses de reclusão e 35 dias-multa. Em face da causa de aumento prevista no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal, a reclusão passa a ser de três anos, um mês e dez dias de reclusão e 46 dias-multa. Finalmente, tratando-se de crime continuado e que sua prática se reiterou inúmeras vezes, ao longo de alguns anos, incide o aumento máximo de dois terços, de modo que as penas são concretizadas em cinco anos, três meses e 16 dias de reclusão e 76 dias-multa.*

Considerando a prova de que o réu é bem sucedido advogado, que costuma cobrar caro por seu trabalho, há condições financeiras para pagamento de cada dia-multa no valor de dois salários mínimos.

O quantitativo da pena corporal não comporta sua substituição por pena alternativa, nem a suspensão de sua execução. Apesar de o réu ostentar alguns registros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminais, não há notícia de condenação anterior nem se constata motivo a justificar regime mais severo que o aberto, sob as condições mais abaixo especificadas.

Por fim, embora o valor exato da apropriação exija mais elementos de convicção, este Juízo criminal tem elementos suficientes para definir em R\$ 20.642,97 o valor mínimo da reparação de danos.

Ante o exposto, por estes fundamentos, **JULGOU PROCEDENTE** a ação para o fim de **CONDENAR** o réu **EDUARDO ANTONIO MIGUEL ELIAS** às penas de cinco anos, três meses e 16 dias de reclusão, em regime aberto, sob as condições de ele permanecer diariamente em sua residência das 20:00 horas às 06:00 horas do dias seguintes, inclusive em fins-de-semana e feriados; não se ausentar da região da Baixada Santista, salvo se a trabalho, sem autorização judicial, e comparecer mensalmente a juízo, para informar e justificar suas atividades, bem como a pagar 76 dias-multa, no valor individual de dois salários mínimos, por infração à norma do artigo 168, § 1º, III, combinada com a norma do art. 71, caput, ambos do Código Penal, como também o **CONDENO** no pagamento à vítima da quantia de R\$ 20.642,97, com correção monetária e juros de mora a contar de 18/11/04, a título de valor mínimo da reparação de danos." (fls. 795/798; sem grifos no original.)

O ora Recorrente aponta que a pena-base foi majorada em razão da indevida valoração negativa dos **antecedentes criminais** e da **conduta social**.

Entretanto, a teor do transcrito, verifica-se ausente o interesse recursal se o acréscimo da pena **não ocorreu com base nessas circunstâncias judiciais** – antecedentes e conduta social –, mas em outras que, por sua vez, estão concretamente fundamentadas. A única menção acerca dos antecedentes criminais na sentença condenatória ocorreu ao se analisar o regime inicial de cumprimento da pena que, naquela ocasião, foi fixado no aberto.

Oportunamente, no que toca ao regime inicial de cumprimento de pena, deve-se manter a alteração realizada pelo Tribunal de origem para o semiaberto.

A compreensão firmada nesta Corte Superior de Justiça é no sentido de que cabe a imposição de regime inicial fechado ao condenado que não apresenta favoráveis as circunstâncias judiciais, não sendo possível a aplicação de regime menos gravoso, ainda que condenado a pena inferior a oito anos de reclusão, em observância ao disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3.º, e 59, do Código Penal.

A propósito, eis os seguintes precedentes:

[...]

No caso, mantida a pena reclusiva entre 04 e 08 anos de reclusão, com a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu, seria adequada a imposição de regime mais gravoso que o semiaberto, no caso, o fechado.

Todavia, o recurso é exclusivo da Defesa e, em face do princípio ne reformatio in pejus, razoável a manutenção do regime inicial no semiaberto.

Ante o exposto, com fulcro no art. 544, § 4.º, inciso II, alínea b, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º, do Código de Processo Penal, **CONHEÇO** do agravo, para **NEGAR SEGUIMENTO** ao recurso especial" (fls. 1138-1143).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, resta prejudicada a análise da alegada violação ao art. 400 do CPP, porquanto anteriormente analisada nos autos do HC 180.753/SP pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, de modo a decair, no ponto, o interesse recursal. Eis a ementa do julgado:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. INTERROGATÓRIO REALIZADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.719/2008, QUE ALTEROU O ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL. NULIDADE INEXISTENTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. As normas exclusivamente processuais se submetem ao princípio tempus regit actum, devendo a lei processual penal ser aplicada a partir de sua vigência, conforme preconizado no art. 2.º do Código de Processo Penal.

2. Interrogado o réu no início da instrução criminal, antes da vigência da Lei n.º 11.719/2008, que alterou o procedimento penal ordinário, não há falar em repetição do interrogatório ao final da audiência de instrução e julgamento, conforme preceitua atualmente o art. 400 do Estatuto de Ritos, pois a norma de direito processual penal não possui efeito retroativo.

3. A declaração de nulidade do ato processual exige a demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo ao réu, em face do princípio pas de nullité sans grief, insculpido no art. 563 do Código de Processo Penal.

4. No caso, porém, não restou evidenciado que a realização do ato de interrogatório, de acordo com a lei processual vigente à época, tenha causado qualquer prejuízo ao Paciente.

5. Ordem de habeas corpus denegada."

Ademais, conforme destacado na decisão objurgada, quanto à dosimetria da pena, também falta ao recorrente o interesse recursal, uma vez que o acréscimo da pena não ocorreu com base nas circunstâncias judiciais alegadas – antecedentes e conduta social –, mas em outras que, por sua vez, estão concretamente fundamentadas.

Por fim, no que toca ao regime inicial de cumprimento de pena, deve-se manter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a alteração realizada pelo Tribunal de origem para o semiaberto.

Neste aspecto, é de se destacar que o entendimento firmado nesta Corte Superior é no sentido de que cabe a imposição de regime inicial fechado ao condenado que não apresenta favoráveis as circunstâncias judiciais, não sendo possível a aplicação de regime menos gravoso, ainda que condenado a pena inferior a oito anos de reclusão, em observância ao disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal.

A propósito, eis os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE E DA PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

5. Não há constrangimento ilegal, na fixação do regime inicial fechado, ao paciente condenado à pena privativa de liberdade inferior a 8 (oito) anos, que teve a pena-base fixada acima do mínimo legal porque possui circunstâncias judiciais negativas, a teor do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir a pena do crime de homicídio privilegiado para 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, mantendo, no mais, o acórdão impugnado" (HC 203.086/TO, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 8/5/2013).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. [...]

REPRIMENDA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO FECHADO JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há constrangimento ilegal na fixação do regime fechado quando, não obstante a pena tenha sido definitivamente fixada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, verifica-se a desfavorabilidade da circunstância judicial da personalidade, considerada distorcida, diante da periculosidade demonstrada pelo agente, o que indica que o modo mais gravoso para o início do desconto da sanção privativa de liberdade é o que se mostra mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado.

2. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, apenas para reconhecer em favor do paciente a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a reprimenda que lhe foi imposta, que resta definitiva em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão impetrado" (HC 171.784/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 18/2/2013).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. PENA CONCRETIZADA: 5 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E MAUS ANTECEDENTES. DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E RESISTÊNCIA. ADOÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O RESGATE DA SANÇÃO CORPORAL FUNDAMENTADA NAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. *As circunstâncias judiciais desfavoráveis (elevada culpabilidade, circunstâncias do crime e maus antecedentes, em vista das condenações transitadas em julgado) autorizam a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da sanção corporal, ainda que a pena total tenha sido concretizada em 5 anos. Precedentes.*

2. *O paciente não comprovou a alegada primariedade; ao contrário, indicam os autos que possui pelo menos duas condenações penais transitadas em julgado, estando ademais cumprindo pena em relação ao crime de resistência.*

3. *Parecer do MPF pela denegação da ordem.*

4. *Ordem denegada"* (HC 193.146/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe de 3/6/2011).

No caso, mantida a pena reclusiva entre 04 e 08 anos de reclusão, com a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu, seria adequada a imposição de regime mais gravoso que o semiaberto, no caso, o fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, o recurso é exclusivo da Defesa e, em face do princípio *ne reformatio in pejus*, razoável a manutenção do regime inicial no semiaberto.

De mais a mais, não há falar em extinção da punibilidade pelo implemento da prescrição, uma vez que não extravasados os prazos entre os marcos interruptivos da pretensão punitiva.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0061668-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg nos EDcl no AREsp 152.389 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 990090822589 99009082258950000

EM MESA

JULGADO: 03/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EDUARDO ANTÔNIO MIGUEL ELIAS
ADVOGADO : RICARDO PONZETTO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EDUARDO ANTÔNIO MIGUEL ELIAS
ADVOGADO : RICARDO PONZETTO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.