



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.586 - SP (2013/0131171-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : FRANCISCO DONIZETH FERNANDES DE FREITAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEREMIAS AFONSO NETO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE EM CAUSAS DE AUMENTO DE PENA E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INVIABILIDADE. SÚMULA N.º 440/STJ. REGIME ABERTO RECONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Paciente, réu primário, condenado à pena de 01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão (pena-base fixada no mínimo legal), em regime fechado, bem como ao pagamento de 04 (quatro) dias-multa, como incurso no art. 157, §2.º, incisos I e II, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

2. O art. 33, §3.º, do Código Penal não deixa nenhuma dúvida de que, para além da reincidência e do *quantum* de pena aplicado (art. 33, §2.º), os únicos argumentos autênticos para a agravação do regime prisional devem partir das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo código. Sob o ponto de vista legal – e não sob o ponto de vista do que "deveria ser", *de lege ferenda* –, é por meio das circunstâncias judiciais que se chega, verdadeiramente, à "gravidade concreta do delito", e não por meio de aumentos de pena abstratamente valorados pelo legislador, aplicáveis a todos os casos que se subsumam *tout court* à previsão legal, como acontece com o emprego de arma ou o concurso de agentes.

3. Se na primeira fase da dosimetria da pena entende-se que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis e aplica-se a pena-base no mínimo permitido, isso significa que o crime em nada transcende a gravidade inerente ao tipo penal. E se, agregado a isso, o réu é primário, o Código Penal manda que o regime inicial seja regulado exclusivamente pelo *quantum* da pena aplicada (art. 33, §2.º). Entendimento das Súmulas n.º 440/STJ e 718/719/STF.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida, para, confirmada a liminar, estabelecer, à luz do art. 33, §3.º, c.c. §2.º, "c", do Código Penal, o regime aberto como regime inicial de cumprimento de pena, com condições a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Penais.

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 06 de agosto de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.586 - SP (2013/0131171-4)

IMPETRANTE : FRANCISCO DONIZETH FERNANDES DE FREITAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEREMIAS AFONSO NETO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEREMIAS AFONSO NETO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na apelação criminal n.º 990.08.041330-9.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado nas duas instâncias ordinárias como incurso no art. 157, §.º, incisos I e II, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Em grau de apelação, o Tribunal de origem limitou-se a reduzir a pena para **01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado**, bem como ao pagamento de 04 (quatro) dias-multa.

Insurge-se o Impetrante contra o regime fixado para início de cumprimento da pena. Requer, liminarmente e no mérito, a concessão do regime intermediário, ou, caso se entenda possível, o regime aberto.

O pedido liminar foi deferido às fls. 30/31.

As informações do Tribunal de origem foram prestadas às fls. 51/128.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal pugnou pela denegação da ordem (fls. 44/49).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.586 - SP (2013/0131171-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE EM CAUSAS DE AUMENTO DE PENA E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INVIABILIDADE. SÚMULA N.º 440/STJ. REGIME ABERTO RECONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Paciente, réu primário, condenado à pena de 01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão (pena-base fixada no mínimo legal), em regime fechado, bem como ao pagamento de 04 (quatro) dias-multa, como incurso no art. 157, §2.º, incisos I e II, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

2. O art. 33, §3.º, do Código Penal não deixa nenhuma dúvida de que, para além da reincidência e do *quantum* de pena aplicado (art. 33, §2.º), os únicos argumentos autênticos para a agravação do regime prisional devem partir das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo código. Sob o ponto de vista legal – e não sob o ponto de vista do que "deveria ser", *de lege ferenda* –, é por meio das circunstâncias judiciais que se chega, verdadeiramente, à "gravidade concreta do delito", e não por meio de aumentos de pena abstratamente valorados pelo legislador, aplicáveis a todos os casos que se subsumam *tout court* à previsão legal, como acontece com o emprego de arma ou o concurso de agentes.

3. Se na primeira fase da dosimetria da pena entende-se que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis e aplica-se a pena-base no mínimo permitido, isso significa que o crime em nada transcende a gravidade inerente ao tipo penal. E se, agregado a isso, o réu é primário, o Código Penal manda que o regime inicial seja regulado exclusivamente pelo *quantum* da pena aplicada (art. 33, §2.º). Entendimento das Súmulas n.º 440/STJ e 718/719/STF.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida, para, confirmada a liminar, estabelecer, à luz do art. 33, §3.º, c.c. §2.º, "c", do Código Penal, o regime aberto como regime inicial de cumprimento de pena, com condições a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Penais.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Na ocasião do deferimento do pedido liminar, exarei a seguinte fundamentação:

"A questão posta em debate tem sido apreciada reiteradas vezes por esta Corte Superior, que firmou sua jurisprudência segundo a tese esposada na impetração, inclusive editando o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, verbis:

'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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abstrata do delito.'

No mesmo diapasão tem sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está, inclusive, espelhada nos verbetes sumulares n.os 718 e 719.

No caso dos autos, verifica-se, diante de um juízo superficial e provisório, que o regime mais gravoso, no caso o fechado, foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito ('O roubo qualificado é crime grave, e merece uma resposta mais dura do Poder Judiciário' [fl. 20]), sem levar em conta a fixação da pena-base no mínimo legal ('As circunstâncias judiciais são favoráveis aos réus, motivo pelo qual fixo a pena-base no mínimo legal' [fl. 8])).

Nesse contexto, demonstrada a plausibilidade do direito argüido, bem como o prejuízo na manutenção da ilegalidade por mais tempo, DEFIRO o pedido de liminar para determinar, até o julgamento final do presente writ, que o Paciente inicie o cumprimento da condenação no regime inicial semiaberto, ficando ressalvada a possibilidade de regressão ao fechado nos casos previstos em lei" (fls. 30/31 – grifei.).

Com efeito, não há razões para alterar esse entendimento.

Reitere-se que, embora fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecida a primariedade do Paciente, desde a sentença condenatória o regime inicial fechado foi fixado exclusivamente com base na incidência de duas causas de aumento de pena. Confira-se trecho do édito condenatório de primeira instância:

"Fixo, como regime inicial de cumprimento da pena, o fechado, tendo em vista a gravidade do crime e a periculosidade dos réus, não se podendo olvidar que o crime perpetrado causou insegurança no seio da sociedade local, eis que praticado mediante uso de arma de fogo e local de acesso público. Dessa forma, não se pode impor à comunidade local o convívio com pessoas violentas com os réus" (fl. 11)

O acórdão impugnado manteve a mesma orientação:

"O roubo qualificado é crime grave, e merece uma resposta mais dura do Poder Judiciário. Houve, ademais, emprego de arma, além do concurso pessoal. O regime fechado, assim, é mesmo o adequado" (fl. 20).

Todavia, ao contrário do sustentado pelo Ministério Público Federal em seu parecer, a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias para exasperar o aumento em razão do concurso de agentes e do emprego de arma constitui, sim, inarredável ofensa à Súmula n.º 440 desta Corte Superior.

É indubitoso que, na normativa vigente, causas de aumento são fundamentos manifestamente inidôneos para a apreciação do regime prisional adequado ao caso concreto. Com efeito, o art. 33, §3.º, do Código Penal não deixa nenhuma dúvida de que, para além da reincidência e do *quantum* de pena aplicado (art. 33, §2.º), os únicos argumentos autênticos para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a agravação do regime prisional devem partir das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo código.

Sendo assim, as "peculiaridades de cada ação penal" são valoradas justamente a partir das circunstâncias judiciais. É um contra-senso considerá-las favoráveis na primeira fase de aplicação da pena e, na terceira fase, diante de causas de aumento abstratas, dizer que as circunstâncias concretas do caso são especialmente graves, justificando a imposição de regime mais gravoso. Sob o ponto de vista legal – e não sob o ponto de vista do que "deveria ser", *de lege ferenda* –, é por meio das circunstâncias judiciais que se chega, verdadeiramente, à "gravidade concreta do delito", e não por meio de aumentos de pena abstratamente valorados pelo legislador, aplicáveis a todos os casos que se subsumam *tout court* à previsão legal, como acontece com o emprego de arma ou o concurso de agentes.

Daí que o que se chama, sob o manto das causas de aumento de pena, de "circunstâncias do caso concreto" ou de "peculiaridades do caso", não escapa à conhecida objeção do constitucionalista brasileiro Lenio Luiz Streck, segundo a qual uma vulgata do "caso concreto" tem servido como *álibi* argumentativo para dar ares jurídicos a razões que evidentemente não são jurídicas. Definitivamente, causas de aumento de pena, valoradas abstratamente pelo legislador, não constituem argumentos suscetíveis de valoração à luz do que determina o art. 33, §3.º, do Código Penal.

Por conseguinte, se na primeira fase da dosimetria da pena entende-se que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis e aplica-se a pena-base no mínimo permitido, isso significa que o crime em nada transcende a gravidade inerente ao tipo penal. E se, agregado a isso, o réu é primário – como no caso –, o Código Penal manda que o regime inicial seja regulado exclusivamente pelo *quantum* da pena aplicada (art. 33, §2.º).

Daí os enunciados das seguintes súmulas:

"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 n.º 440/STJ).

"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 n.º 718/STF).

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea". (Súmula n.º 719/STF)

Desse modo, não obstante, em cognição sumária, o pedido liminar tenha sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deferido para o regime semiaberto, tenho que, considerando a pena aplicada na hipótese, de 01 ano e 10 meses de reclusão, torna-se imperiosa a fixação do regime aberto, nos termos do art. 33, §2.º, alínea "c", do Código Penal.

Ante o exposto, confirmo a liminar anteriormente deferida, e CONCEDO a ordem de *habeas corpus*, para estabelecer, à luz do art. 33, §3.º, c.c. §2.º, "c", do Código Penal, o regime aberto como regime inicial de cumprimento de pena, com condições a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Penais.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0131171-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 269.586 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1282003 990080413309

EM MESA

JULGADO: 06/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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	: FRANCISCO DONIZETH FERNANDES DE FREITAS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JEREMIAS AFONSO NETO (PRESO)
CORRÉU	: ANDRÉ LUIZ FERREIRA
CORRÉU	: EDSON BRAS GIACOMETTI

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.