



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 172.865 - SP (2010/0088924-7)**

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : **ANDRÉ CADURIN CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ALEX SANDRO BEZERRA MACIEL**
PACIENTE : **JOÃO RODRIGUES DA SILVA FILHO**

EMENTA

HABEAS CORPUS. REGIME INICIAL FECHADO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO NA FORMA TENTADA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉUS PRIMÁRIOS. REPRIMENDA FINAL ESTABELECIDADA EM 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. ARTIGO 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719/STF E 440/STJ. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 33, § 2º, c, do CP, estabelece que o condenado à pena igual ou inferior a 4 anos poderá iniciar o cumprimento da sanção no regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do sistema carcerário mais gravoso com base unicamente em assertivas genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado.

3. Cumpre destacar que, recentemente, este Tribunal Superior sumulou o referido entendimento no verbete n. 440: *"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."*

4. Na espécie, os pacientes foram condenados às penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, o qual foi fixado com base na gravidade abstrata do delito.

5. Ordem concedida para estabelecer, a teor do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, o modo inicial aberto aos pacientes para o resgate da reprimenda.

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), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 172.865 - SP (2010/0088924-7)

IMPETRANTE : ANDRÉ CADURIN CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX SANDRO BEZERRA MACIEL
PACIENTE : JOÃO RODRIGUES DA SILVA FILHO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em benefício de ALEX SANDRO BEZERRA MACIEL e JOÃO RODRIGUES DA SILVA FILHO impugnando aresto da 6ª Câmara de Direito Criminal D do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento à Apelação Criminal n. 993.08.037895-9, interposta pela defesa, apenas para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do Código Penal, reduzindo as sanções impostas aos pacientes para 2 anos e 8 meses de reclusão, mantido o regime fechado para o resgate inicial da reprimenda imposta pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, II, c/c art. 14, II, do Estatuto referido.

Sustenta o impetrante que o modo mais severo de execução teria sido firmado com fundamento apenas na gravidade abstrata do tipo penal perpetrado, em afronta ao previsto nos enunciados 718 da Súmula da Suprema Corte e 440 deste Superior Tribunal de Justiça, e ao princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal).

Alega que os condenados são primários e não registram maus antecedentes, pelo que fariam jus à fixação do regime inicial aberto, conforme determinação do art. 33, § 2º, c, do CP, sobretudo porquanto a pena-base não ultrapassou o mínimo legal.

Requer, desse modo, a concessão da ordem a fim de que seja fixado o modo aberto como sistema inicial ao resgate das penas impostas.

Documentação juntada a fls. 7 a 49.

O pedido liminar foi indeferido.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou (fls. 138-141) pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 172.865 - SP (2010/0088924-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca-se neste *writ* abrandar o regime inicial fechado estabelecido no édito condenatório, ao argumento de que o modo mais severo foi imposto com amparo apenas na gravidade abstrata do delito e sem observar o disposto as Súmulas ns. 718 do STF e 440 do STJ.

No tocante ao modo inicial de execução, o Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal da comarca de São Paulo, após fixar as penas-base no mínimo em virtude da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, assim se manifestou, *litteris*:

"Embora os réus não sejam reincidentes, fixo regime inicial fechado para o cumprimento da pena, atentando à especial gravidade do delito imputado, praticado mediante grave ameaça e concurso de agentes, e com restrição à liberdade da vítima." (fls. 19)

Por sua vez, não obstante o redimensionamento da sanção aplicada, o Tribunal *a quo* manteve o sistema inicial de resgate da pena, nos seguintes termos, *litteris*:

"Na fixação das reprimendas, mantidas as penas base em seus mínimos legais, exasperadas de um terço em razão da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal e reduzidas de metade, em razão do conatus, estabeleço as sanções em 02 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 06 dias-multa, na razão mínima.

Mantido o regime fechado, mais gravoso, para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, em razão da gravidade do crime e das condutas dos roubadores que, agindo em conluio, buscavam a maior probabilidade de sucesso da empreitada criminosa, aumentado o temor inculcado no ofendido." (fls. 43)

Da leitura dos excertos transcritos, evidencia-se que o regime inicial de execução foi estipulado com base em afirmações genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado, fundamentos que, a teor do 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, a indicar a favorabilidade das diretrizes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais, como no caso dos autos.

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).

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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, pp. 298 e 299, Editora Revista dos Tribunais).*

Ante o exposto, **concede-se** a ordem para reformar o aresto impetrado e estabelecer o regime inicial aberto aos pacientes, a teor do art. 33, § 2º, c, do CP.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0088924-7

HC 172.865 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12154993 15312007 50070811474 993080378959

EM MESA

JULGADO: 25/11/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/AP)

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRÉ CADURIN CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX SANDRO BEZERRA MACIEL
PACIENTE : JOÃO RODRIGUES DA SILVA FILHO

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), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília, 25 de novembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário