

24/11/2009

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 100.791 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
PACTE.(S) : DENIS VIOLA DA SILVA
IMPTE.(S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. APLICAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DECISÃO FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA.

1. As questões de direito versadas no presente *habeas corpus* dizem respeito ao regime inicial de cumprimento de pena aplicada ao paciente, à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e à existência (ou não) de elementos capazes de elevar a pena-base acima do mínimo legal.

2. A despeito de a condenação aplicada ser inferior a quatro anos, retira-se da sentença a presença de circunstâncias desfavoráveis ao paciente, o que possibilita a aplicação de regime mais gravoso para o cumprimento da pena do que aquele previsto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

3. Outrossim, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, para que a pena privativa de liberdade possa ser substituída por restritiva de direitos, faz-se necessário que as circunstâncias judiciais do paciente indiquem que a substituição seja suficiente.

4. Observo que, com a fundamentação apresentada na sentença, o juiz de direito levou em consideração a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, conforme o art. 59 do Código Penal.

5. A respeito do tema, esta Corte tem considerado que, diante da valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, é perfeitamente possível a fixação da pena-base acima do mínimo legal, desde que a decisão esteja devidamente fundamentada.

6. Ordem de *habeas corpus* denegada.



HC 100.791 / SP

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 24 de novembro de 2009.



Ellen Gracie - Presidente e Relatora

24/11/2009

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 100.791 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
PACTE.(S) : DENIS VIOLA DA SILVA
IMPTE.(S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra julgamento colegiado da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no HC 83.272/SP, de relatoria da Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), assim ementado:

“CRIMINAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. ESCOLHA DO REGIME PRISIONAL. UTILIZAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS GENÉRICAS ALHEIAS ÀS QUE DEVEM SER CONSIDERADAS. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA

1. O regime inicial de cumprimento da pena deve considerar a quantidade de pena imposta e a análise das circunstâncias judiciais.

2. A escolha do regime fechado deve ser concretamente fundamentada, principalmente se a dosagem final da pena permitir, em tese, regime menos grave.

3. A gravidade abstrata do crime, por si só, não pode levar à determinação do regime fechado inicialmente, pois esta já foi considerada na escala penal a ele cominada.

4. Constitui constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do réu a adoção de circunstâncias genéricas alheias às que devem ser consideradas para a escolha do regime prisional.

HC 100.791 / SP

5 . Apesar da quantidade da pena imposta ao réu permitir a concessão da substituição da pena, resta evidenciado o não-preenchimento dos requisitos exigidos no artigo 44 do Código Penal, vez que foi negativamente sopesada ao Paciente circunstância judicial.

6. Afasta-se a alegada ocorrência de constrangimento ilegal na decisão que vedou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando o benefício, na hipótese dos autos, se mostra insuficiente para a prevenção e repressão do crime.

7 . Ordem parcialmente concedida, no que se refere à fixação do regime prisional, para que o Paciente cumpra a sua pena, desde o início, no regime semi-aberto, devendo o Juiz de primeiro grau fixar-lhe as condições, consoante as normas legais atinentes à espécie.”

Narra a inicial que o paciente foi condenado pelo delito de receptação qualificada (art. 180, § 1º, do Código Penal) à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, sendo-lhe vedados o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o direito de recorrer em liberdade.

O Superior Tribunal de Justiça concedeu ao paciente do direito de recorrer em liberdade (HC 54.685/SP), em virtude da denegação de outro *habeas corpus* impetrado com essa finalidade no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Interposta apelação contra a sentença condenatória, a 14ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, mantendo o regime fechado para o cumprimento da pena e a vedação ao benefício da substituição da pena.

Foi impetrado novo *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (HC 83.272/SP) contra o acórdão da apelação

HC 100.791 / SP

criminal, pleiteando a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena pelo paciente, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A ordem foi concedida apenas para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena.

No presente *habeas corpus* o impetrante alega, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal por não lhe ter sido aplicado o regime aberto para o cumprimento da pena, por lhe ter sido negado o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e em razão de suposta ausência de fundamentação apta a justificar a exasperação da pena acima do mínimo legal.

Dessa forma, requer, ao final, a concessão da ordem para reconhecer a ilegalidade do acórdão atacado, fixando o regime aberto para o cumprimento da pena, determinando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixando a pena-base no mínimo legal.

2. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.



HC 100.791 / SP

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. As questões de direito versadas no presente *habeas corpus* dizem respeito ao regime inicial de cumprimento de pena aplicada ao paciente, à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e à existência (ou não) de elementos capazes de elevar a pena-base acima do mínimo legal.

2. Faz-se oportuna, neste momento, a transcrição da sentença condenatória, na parte da dosimetria da pena (fls. 33-34):

“O réu Denis tem uma condenação por roubo a mão armada (certidão criminal de fls. 312), o que indica personalidade voltada para a prática de atos anti-sociais. Não há nenhuma prova nos autos de que ele exerce ocupação lícita. Ao que parece, trata-se de indivíduo desocupado, que vem fazendo do crime patrimonial um meio de subsistência. Outrossim, os crimes praticados são do tipo que estimulam e disseminam a prática de outros delitos patrimoniais, merecendo severa reprovação.

Em face destas circunstâncias, atentando ao disposto no art. 59, do Código Penal, estabeleço as penas-base acima da mínima, resultando três anos e seis meses de reclusão e a pecuniária de onze dias-multa.

Pelos mesmos motivos, o réu não faz jus a nenhum benefício. Indefiro-lhe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, medida que não se mostra suficiente, nem socialmente recomendável. Da mesma forma, é vedado o sursis (art. 77, II, do Código Penal).

(...)

Por derradeiro, observo que o acusado não tem mérito para obtenção de regime prisional mais brando para o início do cumprimento da pena. Considerando-se sua vida pregressa e as demais circunstâncias já mencionadas, considero o regime

HC 100.791 / SP

prisional fechado o mais adequado para a prevenção e reprovação do delito praticado.”

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça alterou o regime de cumprimento inicial da pena para o semi-aberto, por entender ser o mais acertado para o caso, nos termos do seguinte trecho do voto da relatora (fl. 59):

“Na hipótese, em razão de haver circunstância judicial desfavorável ao acusado, a reprimenda foi definida em três anos e seis meses de reclusão, sendo razoável, deste modo, a fixação do regime semi-aberto de cumprimento de pena.”

3. A despeito de a condenação aplicada ser inferior a quatro anos, retira-se da sentença a presença de circunstâncias desfavoráveis ao paciente, o que possibilita a aplicação de regime mais gravoso para o cumprimento da pena do que aquele previsto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal, devendo ser mantido o regime semi-aberto fixado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Esta Corte tem adotado orientação pacífica segundo a qual “não há nulidade na decisão que majora a pena-base e fixa o regime inicial mais gravoso, considerando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis” (HC 93.818/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 16.05.2008), não servindo o *habeas corpus* como instrumento idôneo para realizar a ponderação, em concreto, das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. No mesmo sentido: HC 92.396/PR, rel. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 11.04.12008.

4. Outrossim, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal, para que a pena privativa de liberdade possa ser substituída por restritiva de direitos, faz-se necessário que as circunstâncias judiciais do paciente indiquem que a substituição seja suficiente. Nesse sentido o RHC 95.779/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.03.2009, assim ementado:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

HC 100.791 / SP

NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, justifica-se a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conforme estabelece o inciso III do art. 44 do Código Penal.

Recurso ordinário não provido.”

Na espécie, o magistrado de primeiro grau, ao avaliar circunstâncias judiciais do paciente, asseverou: *“Pelos mesmos motivos, o réu não faz jus a nenhum benefício. Indefiro-lhe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, medida que não se mostra suficiente, nem socialmente recomendável. Da mesma forma, é vedado o sursis (art. 77, II, do Código Penal)”*.

5. Observo que, com a fundamentação apresentada na sentença, o juiz de direito levou em consideração a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, conforme o art. 59 do Código Penal.

A respeito do tema, esta Corte tem considerado que, diante da valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, é perfeitamente possível a fixação da pena-base acima do mínimo legal, desde que a decisão esteja devidamente fundamentada (HC 85.637, rel. Min. Carlos Britto, DJ 14.10.2005).

O juiz sentenciante fundamentou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, atendendo ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

6. Ademais, *“a via estreita do processo de "habeas corpus" não permite que nele se proceda à ponderação das circunstâncias referidas nos arts. 59 e 68 do Código Penal. Não cabe reexaminar, no âmbito do remédio heróico, os elementos de convicção essenciais à definição da sanção penal, porque necessária, para tal fim, a concreta avaliação das circunstâncias de fato subjacentes aos critérios legais que regem a operação de dosimetria da pena.”* (HC 82.713/MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.09.2006).

HC 100.791 / SP

7. Finalmente, o impetrante afirma, com a intenção de afastar os maus antecedentes levados em conta na sentença condenatória, que a condenação por roubo teria decorrido de fatos ocorridos no mesmo dia em que ocorreram os fatos que levaram à sua condenação por receptação, e que esses fatos teriam sido desmembrados pelo Ministério Público para dar ensejo a duas ações penais, uma por roubo e outra por receptação.

Contudo, compulsando os autos, verifico que a denúncia contra o paciente pelo crime de roubo qualificado narra que os fatos ocorreram no dia 08 de junho de 2000, sendo essa oferecida em 05 de julho daquele mesmo ano (fls. 63-66). Por outro lado, a denúncia por receptação foi oferecida em 06 de maio de 2003 e narra que os fatos ocorreram entre os dias 16 e 20 de junho de 2000 (fls. 23-25).

Dessa forma, ao contrário do que afirma o impetrante, conclui-se que os fatos que levaram à condenação do paciente pelo crime de roubo ocorreram antes daqueles que o condenaram por receptação. São, portanto, idôneos para serem valorados como circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente na sentença condenatória pelo crime de receptação.

8. Ante o exposto, **denego a ordem de habeas corpus.**

É como voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 100.791

PROCED. : SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

PACTE.(S) : DENIS VIOLA DA SILVA

IMPTE.(S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, à unanimidade, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso. **2ª Turma**, 24.11.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador