

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.844.842 - MS (2019/0318445-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : V L DE P
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto em face da decisão que deu provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público.

Afirma a defesa que a fixação do regime semiaberto pela Corte de origem está em consonância com a jurisprudência do STJ, *uma vez que, o Agravante trata-se de réu primário, com uma única circunstância negativada e a pena não excedeu 08 (oito) anos de reclusão, logo, levando-se em consideração o que estabelecem os §§ 2º e 3º, do artigo 33, do Código Penal, o regime inicial para o cumprimento da pena é exatamente o que fora estabelecido no acórdão proferido na origem (fl. 532), razão pela qual o recurso especial interposto pelo órgão ministerial encontra óbice da Súmula 83/STJ.*

Defende a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação do recurso pela Sexta Turma.

Impugnação apresentada.

É o relatório.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.844.842 - MS (2019/0318445-4)**VOTO****O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):**

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos da decisão agravada, *in verbis*:

Extrai-se dos autos que o recorrido foi condenado como incurso nas sanções do art. 217-A do CP, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

A propósito do regime de cumprimento de pena, o Tribunal de origem analisou a questão sob os seguintes fundamentos (fls. 448-451):

1ª Fase.

O quantum a ser fixado na primeira fase da dosimetria da pena deve variar entre o mínimo e o máximo da pena prevista abstratamente para o tipo penal, a partir da análise das circunstâncias prevista no art. 59, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Destarte, no caso posto, em análise às circunstâncias judiciais do art.

59 do CP, extra-se que:

a culpabilidade não apresenta gravidade fora do normal do tipo penal em questão;

os antecedentes criminais prejudicam o Apelado -fls. 47-48;

A conduta social não restou cotejada;

A personalidade não restou cotejada;

Os motivos são inerentes ao delito, não desabonam;

As conseqüências não são desfavoráveis, pois a vítima não demonstrou traumas profundos;

As circunstâncias normais à espécie delitiva;

não há que se falar em comportamento da vítima.

Como se vê dos autos, os antecedentes são maculados, pois pesa em desfavor do Apelado condenação definitiva pelo crime de tráfico de drogas no curso desta ação penal, conforme certidão de antecedentes de fls. 47-48, permitindo assim valoração negativa desta circunstância judicial.

Vejamos a jurisprudência do e. Superior Tribunal Justiça:

"(..) 2. A condenação por crime anterior, com trânsito em julgado, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, lastreando a exasperação da pena-base(..)." (HC 427.906/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018).

A incidência de tais circunstâncias judiciais, em que pese a discricionariedade

Superior Tribunal de Justiça

Estado-Juiz, deve ser feita seguindo critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

(...)

O delito em tela, tem pena mínima de 08 (oito) anos e máxima em 15 (dez) anos. Com efeito, a elevação para cada circunstância judicial desfavorável deve ser de 10 (dez) meses e 5 (cinco) dias, resultante da aplicação de 1/8 sobre a diferença entre a pena mínima e máxima prevista para o delito.

Deste modo, no caso em análise, diante da constatação de apenas uma circunstância judicial negativa (antecedentes), fixa-se ao Apelante a pena provisória privativa de liberdade basilar em 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

2ª Fase.

Na segunda fase, a pena provisória dependerá da existência de circunstâncias agravantes (arts. 61 ao 65 CP) cujo rol é exaustivo, e atenuantes (arts. 65 e 66 CP), listados exemplificativamente.

No caso dos autos, não há circunstâncias agravantes.

Por outro lado, há circunstância atenuante, que diz respeito a confissão espontânea, consoante o art. 65, inc. III, alínea "c", do Código Penal, tendo em vista que em seu interrogatório (fl. 144) o Recorrente afirmou que namorava a vítima na época do fato, tendo, ainda afirmado que os fatos relatados na peça inaugural realmente ocorreram em razão do relacionamento amoroso com a vítima.

Nesse passo, reconhece-se a incidência da atenuante da confissão espontânea, atribuindo-se a fração redutora de 1/6, deve a pena ser restabelecida ao mínimo legal na fase intermediária, em observância a Súmula 231 do STJ2.

Com efeito, a pena provisória deverá ser fixada em 08 anos de reclusão.

3ª Fase.

Na terceira fase, da qual resultará a pena definitiva, deverão ser analisadas as causas de aumento e diminuição de pena. Especificamente para o estupro de vulnerável: a) as causas de aumento do art. 226, incs. I e II, do Código Penal, além das hipóteses dos arts. 69, 70 e 71 do Código Penal; e, b) as causas de diminuição em que se destacam a do art. 14, parágrafo único, e a do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, de acordo com as respectivas frações de desconto e cálculo.

No caso em testilha, não se vislumbra a presença de causas aumento ou de diminuição de pena, de modo que a pena definitiva deverá ser fixada em 08 (oito) anos de reclusão.

Fixação do Regime.

Quanto ao regime prisional, convém mencionar a regra trazida pelo artigo 33 do Código Penal:

"Art. 33 -A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não

Superior Tribunal de Justiça

exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto."

In casu, pelo princípio da individualização da pena, diante dos dados existentes no caderno processual, deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, por ser adequado ao caso, necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, levando-se em consideração também as circunstâncias judiciais favoráveis em sua maioria, vez que restou valorada negativamente apenas os antecedentes, na forma do art. 59 § 3º do CP.

Razão assiste ao recurso ministerial quando pretende seja fixado o regime inicial fechado.

É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, quanto ao tema, foi editada a Súmula 440/STJ e os enunciados 718 e 719 do STF.

No caso dos autos, o Tribunal de origem manteve a pena-base acima do mínimo legal, haja vista a existência de maus antecedentes, sendo, desse modo, devida a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Todavia, no caso, deve ser mantido o regime fechado, pois o acórdão recorrido destacou que há circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e não foi aplicada a redutora. Dessa forma, há elementos concretos que recomendam o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 385.662/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

De fato, muito embora a fixação da pena-base acima do mínimo legal constitua fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais gravoso, na espécie, o recorrente foi absolvido em 1º grau, tendo o Tribunal de origem, ao condená-lo pelo delito de estupro de vulnerável, reputado desnecessária a fixação

Superior Tribunal de Justiça

do regime fechado, considerando as peculiaridades do caso concreto, não obstante a presença de uma circunstância judicial desfavorável, os maus antecedentes, o que justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, entendimento que não destoa da jurisprudência desta Corte, como se verifica do seguinte precedente de minha relatoria:

RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSIÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O § 3º do art. 33 do CP, segundo o qual o regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância aos critérios do art. 59 do mesmo diploma legal, não impõe ao julgador, presente circunstância judicial desfavorável, a obrigatoriedade de estabelecer regime mais gravoso, quando aquele cominado ao quantum de pena imposta se mostre suficiente à reprovação do delito.

2. Admite-se ao réu reincidente condenado à pena inferior a 4 anos a fixação do regime inicial semiaberto, ainda que estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, mormente quando fundamentada na preponderância de circunstâncias judiciais favoráveis na primeira fase da dosimetria da pena.

3. Recurso especial improvido. (REsp 1746489/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019.)

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso especial.