

RECURSO ESPECIAL Nº 1.793.888 - SP (2019/0029341-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : FRANKLIN SILVA BARRETO
ADVOGADO : AZENATE MARIA DE JESUS SOUZA - SP327420
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, provendo, em parte, apelação para reduzir a 3 (três) anos e 15 (quinze) dias de detenção, em regime semiaberto, e afastar a condenação relativa ao pagamento de indenização imposta a FRANKLIN SILVA BARRETO, incurso no art. 129, §§ 2º e 9º e 147 do Código Penal, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 316):

Apelação Criminal - Lesões corporais (de naturezas leve e gravíssima) e ameaça - Recurso defensivo - Pleito de absolvição por insuficiência de provas ou com esteio na excludente da legítima defesa - Impossibilidade - Materialidade, autoria e culpabilidade, demonstradas pelo acervo coligido - Versões apresentadas pelo réu (negativa de autoria em relação ao crime de ameaça e alegação de ter agido em legítima defesa, no que se refere aos delitos de lesões corporais), infirmadas pelas palavras das vítimas, as quais estão em consonância com os demais elementos de convicção e se coadunam com as lesões atestadas pelos laudos periciais - Ausência de requisitos para a configuração da dirimente em tela (CP, art. 25) - Crimes caracterizados - Condenação mantida - Dosimetria - Sanções individualizadas e motivadas, comportando ajuste somente a reprimenda relativa ao delito tipificado no artigo 129, §9º, CP, ante a presença de somente uma circunstância agravante, no particular (art. 61, II a), ex vi dos princípios da razoabilidade e individualização das penas - Inviabilidade de substituição da carcerária ou de concessão de sursis, diante do teor dos arts. 44, I, e 77, III, do CP - Circunstâncias judiciais desfavoráveis e consequências dos delitos que justificam a imposição do regime prisional (semiaberto) - Afastamento das prestações pecuniárias fixadas a título de indenização - Pretensão não deduzida pelo Ministério Público - Cerceamento de defesa, na parcela - Condenação confirmada em 2º grau que impõe imediata expedição de mandado de prisão para o início da execução - Precedentes do STF e do STJ - Apelo provido, em parte, com determinação.

Embargos de declaração rejeitados (e-STJ fl. 341):

Embargos de declaração - Prequestionamento - Alegação de omissão, contradição e obscuridade supostamente verificadas na fixação do regime prisional para o início da expiação (semiaberto) - Utilização do recurso visando modificação da regência carcerária inicial - Inadmissibilidade - Ausência dos pressupostos dos arts. 382, 619 e 620, do CPP - Vícios que devem se restringir àqueles constantes do bojo do próprio julgado e não se confundem com eventuais divergências entre as razões da decisão recorrida e a lei, a jurisprudência, a outros julgados ou ao entendimento perfilhado pela parte - Embargos rejeitados.

Nas razões do especial, fulcrado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a defesa violação do art. 33 do Código Penal.

Aduz, em síntese, que "Como o acusado é primário e a pena privativa de liberdade fixada foi inferior a 4 (quatro) anos, o regime inicial de cumprimento de pena que deveria ser fixado é o aberto e não o semiaberto." (e-STJ fl. 359)

Contra-arrazoado (e-STJ fls. 371/376) e admitido (e-STJ fl. 379), manifestou-se o Ministério Público Federal, nesta instância, pelo conhecimento/desprovimento do recurso, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 389):

RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. IMPEDIMENTO DA FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESABONADORAS, EM ANÁLISE AO ART. 59 DO CP. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DISPOSTO NO ARTIGO 33, §3º DO CP. PRECEDENTES. PARECER PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

É o relatório. Decido.

São estes, no que interessa, os fundamentos do acórdão recorrido (e-STJ fl. 323):

Somadas em razão do concurso material, as reprimendas totalizam, então, três anos, um mês e dez dias de reclusão e quatro meses e vinte e cinco dias de detenção.

Acrescente-se que emerge inviável, no particular, a substituição da carcerária por penas restritivas de direitos ou a concessão de sursis, diante do emprego de grave ameaça e violência contra a pessoa, ex vi do disposto nos artigos 44, caput, I, e 77, III, do Código Penal.

E, pelos mesmos motivos, mantém-se o regime imposto para o início da expiação (semiaberto), sobretudo porque, para tanto, também devem ser sopesados os critérios previstos no artigo 59, do Código Penal, assim como dispõe o §3º, do artigo 33, do mesmo codex, os quais, como se viu alhures, não beneficiam o réu.

Com efeito, firmou-se nesta Corte o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, sendo contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

Foi editado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual "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". Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

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.

Na hipótese, contudo, apesar de a pena haver sido fixada em patamar inferior a 4 anos, foi valorada negativamente circunstância judicial do

art. 59 do Código Penal, conforme se depreende dos seguintes trechos da sentença condenatória (e-STJ fl. 241):

*Começo pelo crime de **LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS contra a vítima FÁBIO.***

*Na primeira fase, em atenção às circunstâncias judiciais do art. 59 da Lei Penal, anoto que: a culpabilidade é ínsita ao tipo; o réu não ostenta maus antecedentes; não existem nos autos elementos quanto à personalidade do agente; o comportamento da vítima em nada influenciou o delito; as circunstâncias do crime não extravasam o ordinário. As **consequências** do delito foram além do corriqueiro, pois, para além da deformidade, que constitui qualificadora, a vítima precisou passar por três cirurgias e ainda ficou afastada do trabalho (+1/6), bem como a criança Leonardo vislumbrou o próprio pai agredir a vítima, arrancando a orelha desta, ficando em estado de choque, com prejuízos psicológicos incomensuráveis (+1/6). Valoro a conduta social do acusado em seu favor, diante da contribuição para a sociedade (-1/6). Assim, fixo a pena-base com exasperação de 1/6, chegando a: 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.*

Assim, fixada a pena-base acima do patamar mínimo em razão das consequências do delito, justificada está a imposição do regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto.

A propósito do tema, os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. USO DE DOCUMENTO FALSO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO DE PESSOA EXISTENTE. TRANSTORNOS EVIDENCIADOS. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o delituoso. In casu, o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita ao crime, pois, mediante o uso de o documento falsificado de pessoa verdadeira, o agente pretendia apossar-se indevidamente de galpão comercial, causando transtornos ao exercício da posse pacífica do proprietário.

4. Por sua vez, as consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. Em concreto, as instâncias ordinárias concluíram que o crime causou à vítima inúmeros transtornos, porquanto teve de se deslocar à delegacia e ao Tribunal, fora o fato de ter o seu nome envolvido no fato delituoso, o que, a toda evidência, permite a exasperação da pena a título de consequência do crime.

5. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

6. Em verdade, os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Nesse diapasão, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime prisional semiaberto.

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 462.658/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO CULPOSO E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA

DE DIREITOS. VEDAÇÃO. PENA-BASE ACIMA. ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. 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 Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e n. 718 e 719 da Súmula do STF. No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão de serem consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das consequências do crime, o que justifica a segregação inicial em regime mais gravoso, no caso o semiaberto - pena de 3 anos e 6 meses de detenção -, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, bem como a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos, conforme dispõe o art. 44, inc. III, do CP e de acordo com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

Habeas corpus não conhecido. (HC 434.422/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 255, §4º, II, do RISTJ, conheço do recurso especial para negar-lhe provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator