

RECURSO ESPECIAL Nº 1.842.590 - MT (2019/0304159-2)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO
RECORRIDO : ROZANO MAURO SOUZA DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO TENTADO. REGIME INICIAL. ANÁLISE DO ARTIGO 33, § 2º, ALÍNEA **A E B**, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME DESFAVORÁVEL. **QUANTUM** DE PENA IGUAL A 8 ANOS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça daquele Estado, assim mentado (fls. 443-444):

" APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO [RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DO OFENDIDO] - VEREDITO CONDENATÓRIO - PENA -BASE SEM FUNDAMENTAÇÃO E MAJORAÇÃO DESPROPORCIONAL - PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA -BASE - CULPABILIDADE - PREMEDITAÇÃO - COGITAÇÃO E DOLO DE ÍMPETO - LIÇÃO DOUTRINÁRIA E ARESTO DO TJMT - FUNDAMENTO INIDÔNEO - CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME - FATORES DE TEMPO E LUGAR -PRATICA DELITIVA DENTRO DE UM BAR COM OUTRAS PESSOAS PRÓXIMAS - MAIOR REPROVABILIDADE - JULGADO DO STJ - EXASPERAÇÃO CORRETA - PENA REDIMENCIONADA NÃO EXCEDENTE A 8 (OITO) ANOS, PRIMARIEDADE E MAIORIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁRVEIS - REGIME INICIAL SEMIABERTO - DECISÃO DO TJMT - RECURSO PROVIDO PARA READEQUAR A PENA E O REGIME.

A premeditação, embora possa depreciar a culpabilidade (TJMT, Enunciado Criminal 49), pressupõe a indicação de elementos concretos que revelam planejamento, atos preparatórios e/ou voltados a dificultar a apuração do crime

(TJMT, Ap n° 95641/2015). Caso contrário, mescla-se com a cogitação, a qual sequer é punível, ou mesmo com o dolo de ímpeto, não revelando, em si, maior gravidade da conduta.

[..] as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao agente, uma vez que o crime foi praticado no interior de um bar onde havia várias pessoas em momento de descontração [..], autorizando a exasperação da pena -base acima do mínimo legal. "(STJ, HC n° 191.039/DF) "Sendo primário o condenado a uma pena superior a 04 (quatro) anos, mas que não excede a 08 (oito) anos de reclusão e com a maioria das circunstâncias judiciais consideradas favoráveis, não se justifica a imposição de regime mais gravoso, de modo que, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, é viável a fixação do regime semiaberto." (TJMT, Ap n° 83419/2015)"

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente sustenta a violação do art. 33, § 2º, alíneas **a** e **b**, e § 3º, e art. 59, ambos do Código Penal, ao argumento de que o recorrido faz jus ao regime inicial fechado, tendo em vista que a pena-base fora fixada acima do mínimo legal por ter sido valorada negativamente as circunstâncias do crime.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 475-482), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial (fls. 502-506).

É o relatório.

Decido.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado à pena de 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso IV, na forma do art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 408-413).

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** deu provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena aplicada e fixá-la em 08 (oito) anos de reclusão, além de adotar o regime inicial semiaberto, mantido os demais termos da sentença (fls.

443-453).

Quanto ao **regime inicial** de cumprimento de pena, insta consignar que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

In casu, colhe-se do v. acórdão recorrido (fl. 451):

"As circunstâncias do crime "são os fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais." (PRADO, Luiz Regis et al. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 428) No caso, a prática delitiva dentro de um bar com outras pessoas próximas enseja maior reprovabilidade do ato.

A propósito, colaciona-se aresto do c. STJ:

"[...] As circunstâncias do crime são desfavoráveis ao agente, uma vez que o crime foi praticado no interior de um bar onde havia várias pessoas em momento de descontração [...] autorizando a exasperação da pena -base acima do mínimo legal. "(HC nº 191.039/DF - Rel. Ministra Laurita Vaz-1º.2.2013) Desse modo, afastada a avaliação desfavorável da culpabilidade, redimensiona-se a pena -base para 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase, não há agravantes a serem valoradas e foi reconhecida a atenuante da confissão, razão pela qual mantém -se a redução em 6 (seis) meses aplicada pelo magistrado.

Consequentemente, redefine-se a pena provisória para 12 (doze) anos de reclusão, visto que a incidência de circunstância judicial não enseja a fixação da pena abaixo do mínimo legal (STJ, Súmula 231).

Por sua vez, na terceira fase da dosimetria conserva-se o percentual de redução de 1/3 (um terço) pela tentativa, de modo que totaliza-se a pena para 8 (oito) anos de reclusão.

Diante da pena redimensionada -8 (oito) anos de reclusão -, as circunstâncias judiciais predominantemente favoráveis [apenas a circunstância do crime valorada negativamente] e a primariedade do apelante, estabelece-se o regime inicial semiaberto (CP, art. 33, § 2º, '1')."

O recurso merece acolhida.

É que, embora estabelecida a pena definitiva em 8 anos de reclusão, a

pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial negativa (circunstâncias do crime), fica impedida a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta à ele, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o **fechado**, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nessa esteira, colaciono os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS E/OU PRÓPRIAS DO TIPO PENAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem, à exceção dos maus antecedentes e da natureza da droga, se valeu de argumentos genéricos, próprios do tipo penal e normais à espécie para sopesar como desfavoráveis as vertentes da culpabilidade, das circunstâncias e da consequência do delito, sendo, portanto, manifesta a ilegalidade imposta ao paciente na dosimetria da pena. Precedentes.

4. Mantida tão somente a aferição desfavorável da natureza da droga e dos antecedentes, a pena-base fica estabelecida em 6 anos, 3 meses e 28 dias de reclusão, atento as penas mínima e máxima abstratamente cominada ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos) e a valoração de cada circunstância judicial negativa feita na sentença condenatória.

5. A confissão espontânea pelo réu de que tinha a posse da droga para uso próprio não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. Precedentes.

6. Estabelecida a sanção corporal em 6 anos, 3 meses e 28 dias de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, tendo em vista a valoração desfavorável de circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base aplicada ao paciente, tornando a pena definitiva em 6 anos, 3 meses e 28 dias de reclusão" (HC n. 392.300/PI, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/8/2017 - grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Pelo princípio da non reformatio in pejus, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.

3. Não há se falar em ilegalidade no estabelecimento do redutor na fração de 1/5 (um quinto), dada a quantidade e a natureza da droga apreendida, tendo o Tribunal a quo asseverado ter sido a redução, inclusive, benevolente, já que em seu entendimento o paciente não faria jus sequer ao benefício, pois "traficava grande quantidade de entorpecente de natureza nefasta, levando a crer que já vinha desenvolvendo atividade

ilícita há algum tempo".

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - crack - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena superior a quatro e inferior a 8 anos de reclusão (in casu, 4 anos e 8 meses de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime fechado para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 372.261/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 10/10/2016, grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. Nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal - CP, considerando a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, fica perfeitamente justificado o regime prisional fechado, não havendo falar, portanto, em existência de constrangimento ilegal.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 352.426/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 2/6/2016).

Dessarte, considerando que a pena final aplicada embora não ultrapasse oito anos, que o recorrente é primário, a pena-base foi fixada acima do

Superior Tribunal de Justiça

mínimo legal, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do CP, o regime adequado ao caso é o **fechado**.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial para fixar o **regime fechado** para desconto da reprimenda penal.

P. e I.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator