

18/09/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 109.344 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S) : CLAUDECIR DE SOUZA PONTES
IMPTE.(S) : SILVIO ROGERIO DO PRADO ARAUJO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, 'D' E 'I'. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO – ART. 157, § 2º, I, II E V. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INCONGRUÊNCIA. RÉU NÃO REINCIDENTE. PENA COMPATÍVEL COM O REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO QUE O PREVISTO SEGUNDO A PENA FIXADA – SÚMULA 719/STF. OPINIÃO DO JULGADOR A RESPEITO DA GRAVIDADE *IN ABSTRACTO* DO CRIME – SÚMULA 718/STF. EXCEPCIONALIDADE QUE JUSTIFICA A CONCESSÃO, *EX OFFICIO*, DA ORDEM.

1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, **taxativamente**, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está inserido em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

2. Contudo, há excepcionalidade que justifica a concessão, *ex officio*, da ordem, porquanto:

a) o paciente foi condenado pelo crime de roubo triplamente circunstanciado (CP, art. 157, § 2º, I, II e V) à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, **em regime inicial fechado**, tendo o juiz fixado a pena-base no mínimo legal, bem assim a pena de multa, à minguada de circunstâncias judiciais desfavoráveis, invocando, para a imposição do regime mais gravoso, “o emprego de violência e grave ameaça à

HC 109.344 / SP

pessoa”, que, longe de constarem do rol de circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a que se refere o § 3º do art. 33 do mesmo Estatuto, integram a estrutura típica do crime de roubo;

b) considerada a pena-base fixada em quatro anos e não excedente a oito, em relação a réu não reincidente (§ 2º, *b*, do art. 33), bem como a ausência de indicação de quaisquer das circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal, a fixação do regime semiaberto é impositiva;

c) o regime mais gravoso do que o permitido segundo a pena aplicada exige motivação idônea (Súmula 719), e a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não justifica a imposição de regime mais gravoso que o previsto em lei (Súmula 719);

d) *in casu*, o juiz incorreu em manifesta incongruência ao fixar a pena-base em 4 (quatro) anos, ou seja, no mínimo legal cominado para o tipo, à míngua de circunstâncias judiciais desfavoráveis e não se tratando de réu reincidente, para, alfim, estabelecer o regime fechado. Cf. nesse sentido os seguinte precedentes desta Corte: HC nº 83.509, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 21.11.03, e HC 85.108, Rel. o Min. Eros Grau, DJ de 8/4/2005.

3. Ordem de *habeas corpus* julgada extinta por inadequação da via processual, mas concedida, *ex officio*, em consonância com os pareceres dos Órgãos do Ministério do Público Federal oficiantes no STJ e nesta Corte, para que o paciente inicie o cumprimento da pena no regime semiaberto.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual, mas concedê-la, de ofício, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 18 de setembro de 2012.

LUIZ FUX – Relator

Documento assinado digitalmente

18/09/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 109.344 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S) : CLAUDECIR DE SOUZA PONTES
IMPTE.(S) : SILVIO ROGERIO DO PRADO ARAUJO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa possui o seguinte teor:

“HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. EXECUÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE. MANUTENÇÃO DA FORMA MAIS GRAVOSA DE EXECUÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

1. Embora a pena do paciente tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, e não obstante a primariedade, inviável a imposição do modo intermediário de cumprimento da pena, haja vista o *modus operandi* empregado no cometimento do delito, revelador de gravidade concreta do ilícito perpetrado e de periculosidade efetiva do paciente.”

O paciente foi condenado, em 13/10/2010, à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, incisos I, II e V¹.

1 Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

HC 109.344 / SP

A defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de São Paulo, alegando ausência de fundamentação para a imposição do regime mais gravoso do que o previsto segundo a pena aplicada.

Denegada a ordem, impetrou novo *writ* no STJ insistindo na tese refutada pela Corte local.

Daí o presente *writ* impetrado sob a alegação de vulneração das Súmulas 718 e 719 desta Corte, *verbis*:

Súmula 718. 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.

Súmula 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

O impetrante requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que o paciente inicie o cumprimento da pena no regime semiaberto.

A liminar foi indeferida pelo então Presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso.

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da concessão da ordem.

É o relatório.

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até a metade:

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;

V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

18/09/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 109.344 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, **taxativamente**, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

...

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

...

i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

In casu, o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgRg, Rel. o Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 1º/10/199, é elucidativa e precisa quanto a taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

“E M E N T A: PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) - AUSÊNCIA DE

HC 109.344 / SP

COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL.

- *As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes.*

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- *A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em numerus clausus, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.*

O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes."

Destarte, afigura-se flagrantemente paradoxal, em tema de direito

HC 109.344 / SP

estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de *jurisprudência defensiva*. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a *correção de rumos*, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC n. 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Segunda Turma, *verbis*:

“O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’, e 105, inciso II, alínea ‘a’, tem-se

HC 109.344 / SP

a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

É o caso, contudo, de concessão, *ex officio*, da ordem.

Colho da sentença o trecho relativo à aplicação da pena é à fixação do regime de cumprimento:

“Passo à dosimetria da pena.

Atendendo às circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, fixo-lhe a pena-base em 4 anos de reclusão e 10 dias multa, no valor unitário mínimo legal. Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes. Para a última fase, não há causa de diminuição de pena, mas aumento de 2/5, diante das três causas de aumentos existentes, uso de arma, co-autoria e restrição da liberdade, finalizando-a em 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão em regime fechado e 14 dias-multa no valor unitário mínimo legal pelo crime de **roubo**; a pena exige majoração superior do mínimo, sob pena de indevido estímulo à criminalidade mais perigosa e eficiente (roubo em concurso de agentes, arma e privação de liberdade), caso a reprimenda fosse menor.

Interpretação em outro sentido estimularia, sem dúvida, a prática de roubos a mão armada, com co-autor e restrição da

HC 109.344 / SP

liberdade da vítima, onde o sucesso da empreitada criminosa estaria mais garantido, bem como porque a pena, estando o agente sozinho, desarmado e liberação imediata das vítimas, seria a mesma, não tendo ele nada a perder com essa violência maior.

Necessária a iniciação do cumprimento da pena em regime fechado devido ter cometido o crime com o emprego de violência e grave ameaça à pessoa. Também, por esse motivo, há a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.”

Inferre-se do texto transcrito que tanto a pena-base quanto a pena de multa foram fixadas no mínimo legal (a bem da verdade, a pena-base ultrapassou 10 (dez) dias do mínimo cominado para o tipo, que é de 4 (quatro) anos), contudo sem a explicitação de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

No que tange à fixação do regime fechado, o juiz invocou “*o emprego de violência e grave ameaça à pessoa*”, que, longe de constante do rol de circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, integram a estrutura típica do crime de roubo.

Eis os dispositivos penais de regência da fixação do regime de cumprimento da pena aplicáveis ao caso concreto:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, 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:

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o

HC 109.344 / SP

princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Destarte, tendo a pena-base do paciente sido fixada em quatro anos e não excedente a oito, em relação a réu não reincidente, sem a indicação de quaisquer das circunstâncias desfavoráveis elencadas no art. 59 do Código Penal, a fixação do regime semiaberto é impositiva.

O entendimento sumulado por esta Corte é no sentido de que a fixação de regime mais gravoso do que o permitido segundo a pena aplicada exige motivação idônea (Súmula 719), e de que a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não é suficiente à imposição do regime mais gravoso do que o previsto (Súmula 719).

In casu, o juiz incorreu em manifesta incongruência ao fixar a pena-base em 4 (quatro) anos, ou seja, no mínimo legal cominado para o tipo, à minguia de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tratando-se de réu não reincidente, para, alfim, estabelecer o regime fechado, Cf. nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte:

“RECURSO - PARÂMETROS - PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO. No julgamento de recurso da defesa, descabe considerar, em verdadeira atuação supletiva, fato estranho à sentença, confirmando-a. Glosa da alusão, no acórdão, à reincidência, quando o Juízo, ao impor o regime de cumprimento da pena fechado, valeu-se, tão-somente, do sentimento de ser o único capaz de reprimir o crime de roubo. PENA - CUMPRIMENTO - REGIME - PARÂMETROS. Excetuada a hipótese de fixação da pena em quantitativo superior a oito anos e não se tratando de reincidente, a determinação do regime de cumprimento da pena é norteadá, considerado o balizamento temporal, pelas circunstâncias judiciais. Inteligência dos §§ 2º e 3º do artigo 33 do Código

HC 109.344 / SP

Penal. Mostra-se incongruente o estabelecimento da pena-base no mínimo previsto para o tipo, ficando aquém dos oito anos, com a imposição do regime fechado.” Grifei. (HC nº 83.509, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 21.11.03).

“EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. GRAVIDADE EM ABSTRATO. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. INCONGRUÊNCIA.

A gravidade em abstrato é ínsita ao crime de roubo qualificado, não podendo ser invocada para a imposição de regime de cumprimento mais grave que o permitido segundo a pena aplicada.

Revela-se incongruente a decisão que fixa a pena-base no mínimo legal, por ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, ao mesmo tempo, impõe regime inicial de cumprimento mais gravoso tendo em conta a periculosidade dos pacientes e a gravidade do crime.

Ordem concedida.”

(HC 85.108, Rel. o Min. Eros Grau, DJ de 8/4/2005)

O entendimento acima está corroborado tanto no parecer do Órgão do Ministério Público oficiante no Superior Tribunal de Justiça quanto no parecer do Subprocurador-Geral da República EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA.

Ex positis, julgo extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual, mas a concedo, *ex officio*, em consonância com os pareceres dos Órgãos do Ministério do Público Federal oficiantes no STJ e nesta Corte, para que o paciente inicie o cumprimento da pena no regime semiaberto.

18/09/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 109.344 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, a pena-base foi fixada no mínimo previsto para o tipo?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ela foi fixada abaixo de oito anos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Para mim, é importante saber se foi fixada acima do mínimo previsto para o tipo.

Explico – há uma regra no artigo 33, alínea "a" do § 2º, do Código Penal, que é peremptória:

"Art. 33 (...)

§ 2º (...)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;" – essa é peremptória.

"b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá," – não deverá – "desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

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

Como se define, nesses dois últimos casos, o regime? Pelas circunstâncias judiciais, já que o § 3º do artigo 33 remete ao artigo 59 do Código Penal:

Art. 33 (...)

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 109.344

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S) : CLAUDECIR DE SOUZA PONTES

IMPTE.(S) : SILVIO ROGERIO DO PRADO ARAUJO

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

Decisão: A Turma julgou extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual, mas a concedeu, de ofício, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 18.9.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma