

06/05/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 122.031 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **LEONARDO FERREIRA DE OLIVEIRA**
IMPTE.(S) : **ALVARO DOS SANTOS FERNANDES**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

I – As alíneas **b** e **c** do § 2º do art. 33 do Código Penal dispõem, expressamente, como pressuposto para a fixação dos regimes prisionais nelas estabelecidos (semiaberto e aberto), a não reincidência do condenado, sendo irrelevante o *quantum* de pena fixado na condenação. Precedentes.

II – No caso sob exame, o juízo sentenciante fixou o regime inicial fechado em razão da reincidência do paciente, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, bem como da gravidade concreta dos atos perpetrados. Desse modo, apesar de a pena final ter sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente encontra-se devidamente justificada.

III – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por votação unânime, indeferir o pedido de

HC 122031 / SP

habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia.

Brasília, 6 de maio de 2014.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

06/05/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 122.031 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **LEONARDO FERREIRA DE OLIVEIRA**
IMPTE.(S) : **ALVARO DOS SANTOS FERNANDES**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI** (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Álvaro dos Santos Fernandes, em favor de **LEONARDO FERREIRA DE OLIVEIRA**, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental no AResp 388.754/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado, nos termos do art. 157, § 2º, I e II, combinado com o art. 29, ambos do Código Penal. Os fatos delituosos foram assim descritos na inicial acusatória:

*“Consta dos inclusos autos de inquérito policial (nº 302/10) que em 3 de janeiro de 2010, por volta de quinze minutos, no estabelecimento comercial denominado ‘SOS Bebidas’, situado na Rua Ezequiel Barbosa nº 600, no Bairro Eteucle Turrini, nesta cidade, os indiciados **MICHAEL MARTINS FERREIRA DE SOUZA** (qualificado a fls., apelidado de ‘Gula’) e **LEONARDO FERREIRA DE OLIVEIRA** (qualificado a fls., apelidado de ‘Pescoço’, menor de 21 anos de idade), previamente ajustados e conscientes da ação em comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo (não apreendida), subtraíram para si as seguintes coisas pertencentes à vítima Willian Marques Quaresma: a) a quantia de R\$*

HC 122031 / SP

2.000,00 em dinheiro; b) trinta maços de cigarro da marca Marlboro, dez isqueiros da marca Bic, cinquenta cartões de telefone da operadora Vivo (cada qual com doze unidades), vinte cartões de telefone da operadora Claro (cada qual com doze unidades) e oitenta cartões de telefone da operadora Telefônica (cada qual com doze unidades), objetos ao todos avaliados em R\$ 1.250,00 (auto de fls.).

Na data do fato, os indiciados Michael Martins Ferreira de Souza e Leonardo Ferreira de Oliveira combinaram entre si a prática do roubo e dirigiram-se de motocicleta ao estabelecimento comercial denominado 'SOS Bebidas', situado na Rua Ezequiel Barbosa nº 600, no Bairro Eteucle Turrini. Na ocasião os indiciados utilizavam capacete de segurança.

Assim que ingressaram no estabelecimento comercial, os indiciados anunciaram o assalto e exigiram a entrega de dinheiro e de mercadorias. O indiciado Leonardo apontou uma arma de fogo na direção da vítima Willian Marques Quaresma, mantendo-a dominada. Enquanto isso, o indiciado Michael subtraiu os objetos acima mencionados. Em seguida, os indiciados se evadiram de motocicleta dali, na posse do produto do roubo" (grifos no original).

Inconformada com o decreto condenatório, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça de São Paulo pleiteando a absolvição do paciente. O recurso foi provido parcialmente, apenas para reduzir a reprimenda imposta para 5 anos, 4 meses e 13 dias de reclusão, mantendo-se, todavia, o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Posteriormente, a defesa manejou recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, sob a alegação de que o regime inicial de cumprimento de pena estava em desacordo com o estabelecido pelo Código Penal. O recurso teve seu seguimento negado pelo Tribunal *a quo*. Inconformada, a defesa agravou da decisão, contudo a Ministra Relatora conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial.

Contra essa decisão o impetrante interpôs agravo regimental, que não foi conhecido pela Sexta Turma do STJ. Na sequência, opôs embargos

HC 122031 / SP

de declaração, que restaram rejeitados.

É contra esse último acórdão que se insurge o impetrante.

Alega, em síntese, que houve violação ao art. 33 do Código Penal, uma vez que o juízo sentenciante não teria fundamentado, de forma idônea, a fixação do regime inicial fechado, utilizando-se, para tanto, da gravidade abstrata do delito.

Destaca, mais, que as decisões das instâncias inferiores foram dissociadas do entendimento pacificado pelos Tribunais Superiores,

“isto porque da leitura do acórdão proferido quando da apreciação do recurso de apelação pelo Tribunal Paulista, a questão da REINCIDÊNCIA FOI COMPENSADA PELA MENORIDADE RELATIVA, MOTIVO PELO QUAL, APLICADA A PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. NÃO HAVENDO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, QUANDO DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA, DEVERIAM TER SIDO OBSERVADOS OS DITAMES LEGAIS RETRO ARTICULADOS, CONSIDERANDO-SE O QUANTUM DA PENA APLICADA”
(pág. 5 do documento eletrônico 2 – grifos no original).

Afirma, ainda, que o paciente faz jus ao regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, por não incidir, na hipótese, nenhum fundamento, com exceção da *“reincidência compensada pela menoridade relativa”*, para estabelecer a reclusão como adequada ao apenado.

Requer, ao final, o deferimento da liminar para que seja modificado o regime de cumprimento de pena do paciente, de fechado para semiaberto, e, subsidiariamente, a suspensão da ação penal. No mérito, pede a confirmação da liminar deferida.

HC 122031 / SP

Em 22/4/2014, indeferi a medida liminar requerida e, por considerar bem instruídos os autos, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

06/05/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 122.031 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

No caso sob exame, a Ministra Assusete Magalhães negou provimento ao agravo em recurso especial sob os seguintes fundamentos:

“O presente recurso não deve prosperar.

Quanto ao regime prisional, deve ser mantido o regime inicial fechado, estabelecido na condenação, na medida em que se tratam de réus reincidentes e condenados a pena privativa de liberdade superior a 4 anos de reclusão.

Nesse sentido, os seguintes precedentes deste Tribunal:

(...)

Destarte, aplica-se, ao caso, o entendimento consolidado na Súmula 83 desta Corte, in verbis: ‘Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida’. Importa ressaltar que o referido enunciado aplica-se, igualmente, aos recursos interpostos com base na alínea a do permissivo constitucional.

Ante o exposto, conheço do Agravo, para negar seguimento ao Recurso Especial, com fundamento no art. 544, § 4º, II, b, do CPC combinado com o art. 3º do CPP”.

Dessa decisão foi interposto agravo regimental, que não foi conhecido pela Sexta Turma do STJ, em acórdão assim fundamentado:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ATAQUE AO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. PRETENSÃO DE APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS

HC 122031 / SP

CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE, NA VIA DE RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

I. *A ausência de ataque, em sede de Agravo Regimental, ao fundamento da decisão proferida em Agravo em Recurso Especial – o qual foi conhecido, para negar seguimento ao Recurso Especial –, impede o conhecimento do Regimental, nos termos da Súmula 182/STJ.*

II. *Consoante a jurisprudência do STJ, 'a análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal' (STJ, AgRg no AREsp 271.808/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 08/03/2013).*

III. *Agravo Regimental não conhecido”.*

Por fim, a defesa opôs embargos de declaração, que restaram rejeitados pela turma julgadora. Eis o teor desse acórdão:

“PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 619 DO CPP. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

I. *O voto condutor do acórdão embargado apreciou, fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelo embargante.*

II. *Inexistindo, no acórdão embargado, qualquer ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 619 do CPP, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo do embargante com as conclusões do decisor.*

III. *Embargos de Declaração rejeitados”.*

Pois bem. Conforme relatado, a impetrante postula a fixação de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado.

HC 122031 / SP

A pretensão, contudo, não merece acolhida.

Com efeito, as alíneas **b** e **c** do § 2º do art. 33 do Código Penal dispõem, expressamente, como pressuposto para a fixação dos regimes prisionais nelas estabelecidos (semiaberto e aberto), a não reincidência do condenado, sendo irrelevante o *quantum* de pena fixado na condenação. Daí porque, mesmo com a reprimenda fixada em 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão, a reincidência comprovada do paciente impede a imposição de um regime inicial menos gravoso do que o fechado.

No caso sob exame, o juízo sentenciante fixou o regime inicial fechado em razão da reincidência do paciente, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, bem como da gravidade concreta dos atos perpetrados. Por oportuno, transcrevo o trecho do decreto condenatório que impôs aos acusados o regime de cumprimento de pena mais gravoso:

“Os réus terão seus nomes lançados no rol dos culpados após o trânsito em julgado e iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado, tendo em vista que são reincidentes. Além disso, os réus praticaram crime grave, mediante grave ameaça contra a pessoa exercida com o emprego de arma de fogo, o que revela personalidade violenta e periculosidade à ordem pública, e impõe a necessidade de iniciarem o cumprimento da pena em regime fechado” (páginas 19-20 do documento eletrônico 8 – grifos meus).

O Tribunal bandeirante, por seu turno, ratificou esse entendimento e manteve o regime fechado para início do cumprimento da reprimenda imposta ao ora paciente, nos seguintes termos: *“E a reincidência tornava obrigatório o regime inicial fechado, por se tratar de pena superior a quatro anos (art. 33, § 2º, b, do Código Penal)”* (página 19 do documento eletrônico 9).

Desse modo, apesar de a pena final ter sido estabelecida em patamar

HC 122031 / SP

inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente encontra-se devidamente justificada.

Da mesma forma entendeu a Segunda Turma, por ocasião do julgamento do HC 108.059/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, cujo acórdão possui a seguinte ementa:

“Habeas corpus. Falsificação de documento público. Condenação. 2. Conduta atípica. Falsificação grosseira. Revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório. Análise inviável na via do habeas corpus. 3. Dosimetria. Bis in idem. Não ocorrência. Paciente que apresenta duas condenações definitivas, sendo uma utilizada como circunstância judicial para fixação da pena-base e outra como agravante da reincidência. 4. Regime inicial fechado. Réu reincidente em crimes dolosos e com maus antecedentes. Ausência de constrangimento ilegal. 5. Ordem denegada” (grifos meus).

Na mesma esteira, cito, entre outros, o HC 100.616/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, o HC 111.849/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, o HC 104.010/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, e o HC 113.736/SP, de minha relatoria.

Daí porque não merece nenhum reparo a decisão proferida pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que, com fulcro na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

De outra banda, não prospera a alegação de que o magistrado sentenciante teria se utilizado indevidamente da reincidência do paciente para fixar o regime inicial fechado por haver procedido à compensação dessa agravante com a atenuante da menoridade. Como bem destacou, em seu parecer, a representante do Parquet Federal:

HC 122031 / SP

“11. (...). O Juiz reconheceu a reincidência, apenas não a utilizou para efeito de agravar a pena porque procedeu à compensação com a menoridade. Essa circunstância, todavia, não impede que, na fixação do regime prisional, o juiz considere a reincidência para efeito de impor o regime fechado.

12. E não impede exatamente porque há previsão legal nesse sentido. A lei determina que o reincidente não pode iniciar a sua pena no regime mais benéfico. E há uma lógica nessa imposição, exatamente a de diferenciar a situação daquele que não foi condenado pela prática de crimes com o outro que já foi condenado anteriormente. É indiscutível que o reincidente merece uma resposta penal diferenciada e mais gravosa do Estado.

13. Por isso, não há ilegalidade a ser corrigida”.

Com essas considerações, denego a ordem de *habeas corpus*.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 122.031

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : LEONARDO FERREIRA DE OLIVEIRA

IMPTE.(S) : ALVARO DOS SANTOS FERNANDES

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

Decisão: A Turma, por votação unânime, **indeferiu** o pedido de **habeas corpus, nos termos** do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 06.05.2014.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira
Secretária Substituta