

30/09/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 123.432 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : ALLAN ROGER FERNANDES DE LIMA
IMPTE.(S) : JOSÉ ROBERTO NUNES JÚNIOR
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo transporte de valores (art. 157, § 2º, incisos I e III do CP). Condenação. Regime inicial fechado. 3. Pedido de fixação de regime mais brando. Possibilidade: primariedade do agente; circunstâncias judiciais favoráveis (pena-base fixada no mínimo legal); e fundamentação inadequada (gravidade do delito decorrente do uso de arma de fogo). 4. A invocação abstrata da causa de aumento de pena não pode ser considerada, por si só, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional, por não se qualificar como circunstância judicial do art. 59. 5. A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 6. Aplicação das súmulas 440, 718 e 719. 7. Ordem concedida para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de setembro de 2014.

HC 123432 / SP

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

30/09/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 123.432 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **ALLAN ROGER FERNANDES DE LIMA**
IMPTE.(S) : **JOSÉ ROBERTO NUNES JÚNIOR**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por José Roberto Nunes Júnior, em favor de Allan Roger Fernandes de Lima, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que não conheceu do HC 289.323/SP, mas concedeu a ordem, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao paciente.

Na espécie, o paciente foi denunciado pela prática de roubo majorado tentado (art. 157, § 2º, incisos I e III, c/c art. 14, inciso II, todos do CP), pois, no dia 16.4.2013, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo contra a vítima Márcia Ofélia Falcão Arantes, teria tentado subtrair, para si, a importância de R\$ 12.702,48 (doze mil, setecentos e dois reais e quarenta e oito centavos), não conseguindo consumir o crime por circunstâncias alheias a sua vontade.

Sobreveio condenação à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 4 dias-multa.

A defesa e o Ministério Público interpuseram recursos de apelação. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento ao recurso do *Parquet* para aumentar as penas impostas para 3 anos e 8 meses de reclusão, além de 8 dias-multa, e alterou o regime inicial para fechado.

A defesa, então, impetrou *habeas corpus* no STJ, que não conheceu do *writ*, mas concedeu a ordem de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, nos termos da seguinte ementa:

HC 123432 / SP

“HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E VÍTIMA EM SERVIÇO DE TRANSPORTE DE VALORES. EXASPERAÇÃO DA PENA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MERA INDICAÇÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do *writ* como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, *a*, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Consoante entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.

IV - O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente, para a sua exasperação, a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443/STJ.

V - Impõe-se que a exasperação, na terceira fase da dosimetria, seja reduzida para a fração mínima de 1/3, prevista

HC 123432 / SP

no art. 157, § 2º, do Código Penal.

VI - Deve ser mantido o regime de cumprimento da pena fixado pelas instâncias ordinárias, em razão da gravidade concreta do fato delituoso, levando-se em consideração, principalmente, o emprego de arma de fogo, circunstância que evidencia a maior periculosidade social do agente, justificando a resposta estatal mais severa. O indivíduo que pratica o crime de roubo valendo-se de arma branca ou imprópria expõe o patrimônio e a incolumidade física da vítima a determinado risco, decorrente do nível de intimidação e possibilidade de resistência. Diversa é a situação na qual o delito em tela é cometido com o emprego de arma de fogo, pois dotada de maior potencial ofensivo, não só em relação à vítima, mas também em face de terceiros. Em tais casos, mesmo que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal, não haverá contrariedade à Súmula 440 desta Corte, por força da gravidade concreta do delito, decorrente da utilização de instrumento dotado de maior poder letal. Precedentes. Ademais, a análise da adequação do regime inicial de cumprimento da pena pode ser feita com base na totalidade da sentença ou do acórdão condenatórios, quando existirem dados concretos para tanto, em outros tópicos do *decisum* impugnado, que não possam ser desprezados.

VII - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao Paciente”.

Daí, o presente *habeas corpus*, no qual a defesa requer, em síntese, a fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena.

A esse propósito, afirma:

“Nos presentes autos, a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade imposta **não encontra qualquer motivação idônea, tendo em vista que, no corpo da sentença penal condenatória proferida pelo juízo**

HC 123432 / SP

singular, restou reconhecida a primariedade do paciente, sem embargo de que a pena *in concreto* permite a imposição do regime inicial aberto. (Grifos no original) (eDOC 2, p. 4)

E continua:

“Equivocou-se a Excelentíssima Ministra da E. Quinta Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, ora apontada como autoridade coatora, ao entender que, por ter o paciente praticado delito de roubo circunstanciado possuiria contra si uma presunção absoluta de periculosidade, com base pura e simplesmente na gravidade genérica e abstrata do crime de roubo, mantendo em razão disso, ao arrepio do ordenamento jurídico que rege a matéria, para início do cumprimento da pena privativa de liberdade o regime prisional fechado”. (eDOC 2, p. 4)

Por fim, requer a concessão de medida liminar para que seja concedido o regime inicial mais brando, aberto ou semiaberto, para cumprimento da reprimenda. No mérito, pede a confirmação da liminar.

O pedido liminar foi indeferido.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem, em parecer ementado nos seguintes termos:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. PLEITO DE IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. NÃO CONHECIMENTO. *MANDAMUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARGUIÇÕES DE MÉRITO. IMPROCEDÊNCIA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO E

HC 123432 / SP

PERICULOSIDADE DO AGENTE QUE AUTORIZAM A
FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO.
FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PARECER PELO NÃO
CONHECIMENTO DO WRIT E, SE CONHECIDO, PELA
DENEGAÇÃO DA ORDEM”.

É o relatório.

30/09/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 123.432 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Conforme relatado, a defesa insiste na fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena, sob o argumento de que o regime fechado foi fixado com base apenas na gravidade abstrata do delito.

No caso, o Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro de Araraquara/SP realizou a dosimetria da pena nos seguintes termos:

“Atendendo ao consubstanciado no art. 59 do Código Penal, sendo favoráveis ao réu as condições genéricas, fixo a pena base no mínimo legal – 4 (quatro) anos de reclusão. Não existem circunstâncias atenuantes ou agravantes. Estão presentes duas qualificadoras (causas especiais de aumento de pena), previstas nos incisos I e III, do § 2º do artigo 157 do Código Penal, razão pela qual aumento de 3/8 (três oitavos) a pena aplicada, fixando-a em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Está presente a causa especial de diminuição de pena prevista na parte especial do Código Penal, consistente na tentativa – artigo 14, II, do Código Penal. O delito de roubo não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do réu e considerando o *‘iter criminis’* por ele percorrido a redução deverá ser na máxima proporção – 2/3 (dois terços). Reduzo de 2/3 (dois terços) a pena aplicada, fixando-a em 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, e ao pagamento de 4 dias multa, pena esta que torno definitiva.(...) Fixo o regime semiaberto que é o mais adequado à hipótese, por se tratar de réu primário”.

(eDOC 5, p. 7-8)

HC 123432 / SP

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao apelo da acusação, motivo pelo qual aumentou a pena imposta ao paciente para 3 anos e 8 meses de reclusão e fixou o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda. Confira-se:

“No tocante às reprimendas e ao regime prisional impostos, todavia, é preciso efetuar pequeno reparo, nos termos pleiteados pelo d. órgão ministerial.

Na etapa inaugural do sistema trifásico, observa-se que o magistrado sentenciante, fixou a pena-base no patamar mínimo legal.

Ausentes atenuantes e agravantes, na derradeira etapa do sistema trifásico, reconhecidas as qualificadoras do emprego de arma e do transporte de valores, houve correta majoração de 3/8 (três oitavos), como tem entendido esta Colenda Câmara.

A propósito, saliento que, embora tenha sustentado, em período pretérito, a posição de que o simples reconhecimento, na sentença, da existência de mais de uma majorante no crime de roubo não constitui causa obrigatória de exasperação da reprimenda em fração superior ao mínimo legal, em nova reflexão sobre o tema, convenci-me do acerto do entendimento jurisprudencial segundo o qual a presença, no caso concreto, de duas ou mais causas especiais de aumento de pena do artigo 157, § 2º, do Código Penal, de per si, está a evidenciar um alto grau de reprovabilidade da conduta, a par de denotar a elevada periculosidade do agente, tudo a recomendar maior rigor em seu tratamento pela Justiça Criminal.

(...)

Entretanto, reconhecida a tentativa, houve diminuição no patamar máximo, o que se mostra exacerbado, especialmente porque o bem subtraído deixou, por inteiro, a esfera de vigilância da vítima.

Outrossim, o Colendo Supremo Tribunal Federal tem entendido que o momento da consumação do roubo é aquele em que se efetiva a subtração, com emprego de violência ou

HC 123432 / SP

grave ameaça, sendo irrelevante a circunstância de o agente não ter se locupletado com a coisa roubada.

Destarte, nos termos do apelo ministerial, diminui-se a reprimenda no patamar mínimo de 1/3 (um terço), pelo que restam definidas as reprimendas em três anos e oito meses de reclusão, além de oito diárias, no mínimo legal, atualizado.

Finalmente, também imperiosa a alteração do regime inicial de cumprimento da pena, do intermediário para o fechado, como postulado pelo douto órgão do *parquet*, por ser tal regime o mais adequado à repressão e prevenção dos crimes violentos contra o patrimônio, tal como o ora perpetrado (cometido com emprego de arma de fogo), evidenciadores da personalidade distorcida e da periculosidade de seus praticantes, além do *quantum* de pena aplicado". (grifei) (eDOC 7, p. 5-7)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do *writ*, mas concedeu a ordem de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, por entender que a mera indicação da existência de mais de uma majorante no crime de roubo não é suficiente para o aumento da pena na terceira fase da dosimetria. Na ocasião, manteve o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena, nos seguintes termos:

“Quanto ao regime de cumprimento da pena fixado pelo Tribunal *a quo*, verifica-se que deve ser mantido, em razão da gravidade concreta do fato delituoso, levando-se em consideração, principalmente, o emprego de arma de fogo, circunstância que, segundo o atual entendimento da 5ª Turma desta Corte, evidencia a maior periculosidade social do agente, justificando a resposta estatal mais severa.

Com efeito, a determinação do regime prisional não se vincula, de forma absoluta, ao montante da pena privativa de liberdade.

(...) Por outro lado, se a circunstância judicial referente aos antecedentes ou a agravante da reincidência – que não geram

HC 123432 / SP

maior risco imediato ao bem jurídico tutelado – podem embasar a imposição de regime fechado, com maior razão, a prática do delito patrimonial em questão, no qual a violência ou grave ameaça tenha sido exercida com emprego de arma de fogo, justifica a imposição do regime mais gravoso.

Em tais casos, mesmo que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal, não haverá contrariedade à Súmula 440 desta Corte, por força da gravidade concreta do delito, decorrente da utilização de instrumento dotado de maior poder letal.

(...)

No caso, a imposição de regime mais severo resta justificada na gravidade concreta do fato, levando-se em consideração, principalmente, o emprego de arma de fogo, que evidencia, inegavelmente, a periculosidade exacerbada da conduta, que expôs a vítima e seu patrimônio a um risco muito maior”. (eDOC 10, p. 8-14)

Destaco que o § 3º do art. 33 do Código Penal estabelece que “*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*”.

Feitas essas considerações, observa-se que, no presente caso, apesar de a pena imposta ao paciente ter sido redimensionada tanto pelo TJ/SP como pelo STJ, a fixação da pena-base no mínimo legal realizada pelo Juízo de primeiro grau, em virtude da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, restou inalterada pelas instâncias subsequentes.

Acrescente-se que a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena deu-se, exclusivamente, em virtude da gravidade do fato delituoso decorrente do emprego de arma de fogo.

Cumprindo ainda consignar que a jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto.

No tema, aplicam-se as súmulas 440, 718 e 719:

HC 123432 / SP

“Súmula 440: 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”.

“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”.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PACIENTE CONDENADO À PENA INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA INVOCAÇÃO ABSTRATA DAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA DOS INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 157 DO CP. INVIABILIDADE. SÚMULA 718/STF. ORDEM CONDEDIDA. 1. A fixação da pena-base (art. 59) no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, e a imposição do regime mais gravoso do que aquele abstratamente imposto no art. 33 do Código Penal revela inequívoca situação de descompasso com a legislação penal. A invocação abstrata das causas de aumento de pena não podem ser consideradas, por si sós, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional, por não se qualificarem como circunstâncias judiciais do art. 59. Inteligência do enunciado 718 da Súmula do STF. Precedentes. 2. Ordem concedida para que o juízo competente aplique aos

HC 123432 / SP

pacientes o regime semiaberto de cumprimento de pena”. (HC 122.887, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe 11.9.2014)

“*Habeas corpus*. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, incisos I e II do CP). Condenação. Regime inicial fechado. 3. Pedido de fixação de regime semiaberto. Possibilidade: primariedade do agente; circunstâncias judiciais favoráveis (pena-base fixada no mínimo legal); e fundamentação inadequada (gravidade *in abstracto* do delito). 4. A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 5. Aplicação das Súmulas 718 e 719. 6. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. (HC 119.287/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 14.5.2014)

“*Habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Impetração dirigida contra decisão monocrática do relator de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Matéria, outrossim, não analisada por aquela Corte. Hipótese que caracteriza supressão de instância. Precedentes. Não conhecimento do *writ*. Roubo qualificado tentado (CP, art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II). Regime prisional mais gravoso imposto em consideração à gravidade abstrata da infração. Impossibilidade. Precedentes. Ilegalidade flagrante. Constrangimento ilegal manifesto. Ordem concedida de ofício. 1. A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal não

HC 123432 / SP

vem admitindo a impetração de *habeas corpus* que se volte contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça que não tenha sido submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente (HC nº 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/4/14). 2. A negativa de seguimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, a *habeas corpus* objetivando alteração de regime prisional, sob o fundamento de que a pretensão deveria ser buscada em sede de revisão criminal, impossibilita a reapreciação da matéria de forma originária pelo STF, sob pena de supressão de instância (HC nº 111.171/DF, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 9/4/12). 3. Roubo qualificado tentado (CP, art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II). Fixação de regime prisional mais gravoso em consideração à gravidade abstrata da infração. Impossibilidade. Pena inferior a 4 (quatro) anos. Réu primário e de bons antecedentes. Diretrizes do art. 59 do Código Penal favoráveis. Aplicação das Súmulas nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. 4. Não conhecimento do *habeas corpus*. Ordem concedida de ofício". (HC 121.043/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 1º.7.2014)

Assim, considerando a primariedade do agente, a valoração positiva das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e a fundamentação inidônea das instâncias antecedentes (TJ/SP e STJ), voto no sentido de conceder a ordem, para que seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 123.432

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : ALLAN ROGER FERNANDES DE LIMA

IMPTE.(S) : JOSÉ ROBERTO NUNES JÚNIOR

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

Decisão: A Turma, por votação unânime, considerando a primariedade do agente, a valoração positiva das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e a fundamentação inidônea das instâncias antecedentes (TJ/SP e STJ), concedeu a ordem, para que seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, nos termos do voto do Relator. **2ª Turma**, 30.09.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Déborah Duprat.

Ravena Siqueira
Secretária