HABEAS CORPUS Nº 534.428 - RJ (2019/0281174-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	RONALDO ORLOWSKI - RJ087506
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	WASHINGTON LUIZ MALTA MARTINS (PRESO)
PACIENTE	:	LUCAS FILADELFO PEREIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WASHINGTON LUIZ MALTA MARTINS e LUCAS FILADELFO PEREIRA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0000868-39.2018.8.19.0067, relator Desembargador Antônio Jayme Boente).

Consta dos autos terem sido os pacientes condenados a 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e 14 dias-multa, pelo delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, cuja dinâmica foi assim narrada pela denúncia (e-STJ fls. 56/57):

> No dia 15 de abril de 2017, por volta de 19h50min, no interior do coletivo da empresa Gardel Turismo Ltda, que trafegava pela Rua Marselha, bairro Vila Central, nesta Comarca, os DENUNCIADOS, consciente e voluntariamente, em comunhão de ações e desígnios entre si, subtraíram, em proveito de ambos, a quantia de R$ 328,00 (trezentos e vinte e oito reais), de propriedade da referida empresa de transporte coletivo, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo e através de palavras de ordem dirigidas à vítima Anderson Novaes de Moraes.
>
> Consta dos autos que a vítima Anderson conduzia o coletivo da empresa acima mencionada pelo local dos fatos, oportunidade em que foi interceptado pelos DENUNCIADOS, que se encontravam a bordo de um automóvel FIAT Idea.
>
> Na ocasião, os DENUNCIADOS desembarcaram do veículo e, portando armas de fogo, entraram no coletivo, ordenando a entrega do dinheiro referente às passagens cobradas no dia, o que foi prontamente atendido pela vítima Anderson.

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E640D61A-C98C-4142-BAC5-B17453336929

negou-lhe provimento, consoante os termos desta ementa (e-STJ fl. 67):

> APELAÇÃO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. Crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma de fogo. Artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, do Código Penal. Recurso exclusivo da Defesa. Prova inequívoca de autoria e materialidade delitivas. Preliminar de inépcia da denúncia. Atendimento às exigências estabelecidas no artigo 41 do Código de Processo Penal. Superveniência de sentença de mérito que torna esvaída a alegação de inépcia. Precedentes do STJ. Rejeição da preliminar. Mérito. Pleito absolutório sob alegação de insuficiência probatória. Materialidade e autoria amplamente comprovadas pelos relatos da vítima, bem como pelo reconhecimento em sede policial e na fase judicial. Pedido de reconhecimento da atenuante da menoridade. Pretensão de redução da pena a patamar aquém do mínimo legal, na segunda fase, que encontra óbice no Enunciado nº 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Afastamento da majorante referente ao emprego de arma de fogo. Impossibilidade. Os relatos contidos nos autos se mostraram firmes na descrição da dinâmica dos fatos, em especial no que se refere ao emprego de arma de fogo. Desnecessidade da apreensão e perícia dessa arma para o reconhecimento da referida causa de aumento. Precedentes dos Tribunais Superiores. Regime fechado que deverá ser mantido, em face do emprego de arma de fogo e do concurso de pessoas, que são circunstâncias de expressivo relevo que agregam maior periculosidade à ação criminosa. Desprovimento do recurso.

No presente *writ*, sustenta a impetrante inexistir fundamentação ou justificativa concreta para lastrear a fixação do regime fechado.

Aduz que "*o Colegiado Estadual, em verdade, limitou-se a empregar verdadeiro jogo de palavras, pautado na gravidade em abstrato do delito e em elementos inerentes ao próprio crime de roubo, para justificar a imposição do regime fechado. Ocorre que, como é sabido, tais argumentos genéricos, unicamente relacionados à gravidade em abstrato do próprio tipo legal, não têm o condão de afastar o regime mais benéfico previsto em lei - principalmente se divorciados do caso concreto*" (e-STJ fl. 6).

E assevera que a fixação de regime mais severo, não obstante a pena-base ter sido mantida no mínimo legal, afronta a Súmula n. 440/STJ.

Requer, assim, "*a concessão de medida liminar para que seja concedido o direito de aguardarem o julgamento do mérito deste writ em regime semiaberto*" e, no mérito, "*seja consolidada a liminar e alterado o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto*" (e-STJ fl. 9).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E640D61A-C98C-4142-BAC5-B17453336929

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 79/82).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, caso dele se conheça, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 105/112).

É, em síntese, o relatório.

Na espécie, o Tribunal de origem, mantendo a sentença, apresentou as seguintes justificativas para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena (e-STJ fl. 75):

> O regime fechado deverá ser mantido em face do reconhecimento do emprego de arma de fogo e do concurso de pessoas, circunstâncias de expressivo relevo que agregam maior periculosidade à ação criminosa.
>
> Veja-se que, o artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal determina que o regime de cumprimento de pena deve ser estabelecido com fulcro nos critérios do artigo 59 do Estatuto Repressivo, dentre os quais estão elencadas as circunstâncias do crime. Ocorre que determinadas circunstâncias do delito não são consideradas na primeira fase do procedimento de fixação do *quantum* da pena, pois recebem tratamento específico, sendo admitidas como agravantes ou atenuantes ou como causas de aumento ou diminuição da reprimenda.
>
> É exatamente o caso do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes, considerados como causas de aumento de pena na terceira fase da dosimetria. Contudo, não deixam de ser circunstâncias do crime, que podem e devem ser observadas por ocasião da escolha do regime prisional.

Sobre o tema, rememoro que, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o julgador deverá observar, na fixação do regime inicial, a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie.

Confiram-se:

> DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.°, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E640D61A-C98C-4142-BAC5-B17453336929

GRAVIDADE ABSTRATA. DIREITO AO REGIME MENOS SEVERO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea, nos termos das Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. In casu, é evidente a ilegalidade, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal, a sanção é inferior a 8 anos, o paciente é primário e as instâncias de origem não apresentaram motivação idônea a justificar o regime fechado, dissertando apenas sobre o emprego de arma de fogo, além de mencionarem circunstâncias vagas e genéricas que não constituem elementos aptos a amparar a fixação do regime inicial mais gravoso.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. (HC 351.840/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016, grifei.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA GARANTIDA. PRETENDIDA A EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. CONCESSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS EXTENSIVOS AOS CORRÉUS.

[...]

4. Configura constrangimento ilegal a imposição do regime mais gravoso ao paciente primário, sem motivação concreta, em virtude, unicamente, da gravidade abstrata do delito de roubo majorado. Inteligência das Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para fixar regime semiaberto, com efeitos extensivos aos corréus. (HC 168.846/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES). PENA-BASE FIXADA

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E640D61A-C98C-4142-BAC5-B17453336929

> NO MÍNIMO LEGAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. LIMINAR CONFIRMADA.
>
> [...]
>
> 2. Haja vista a ausência de fundamentação concreta para se manter os pacientes em regime inicial mais gravoso do que a sanção imposta permite, vê-se, na decisão impugnada, a presença de manifesto constrangimento ilegal.
>
> 3. Tendo em conta que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e o *quantum* da pena aplicada é inferior a 8 anos, possível a fixação de regime inicial intermediário.
>
> *4. Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar aos pacientes o regime inicial semiaberto, confirmando-se a liminar. (HC 335.575/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 08/03/2016, grifei.)

Como se depreende da transcrição acima, a Corte estadual fixou o regime inicial fechado com alicerce apenas nas elementares do tipo penal e na gravidade em abstrato do delito, sem indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, o que vai de encontro ao teor dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como do enunciado da Súmula n. 440 desta Corte Superior, que assim dispõem:

> Enunciado 718/STF: "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."
>
> Enunciado 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."
>
> Enunciado 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."

Por oportuno, observa-se que as penas-base foram fixadas no mínimo legal em razão da análise favorável das circunstâncias judiciais. Sob tal perspectiva, considerando que as penas definitivas foram fixadas em 5 anos e 4 meses de reclusão, deve o regime de cumprimento das reprimendas ser o semiaberto, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

À vista de tais pressupostos, **concedo a ordem para fixar o regime**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E640D61A-C98C-4142-BAC5-B17453336929

inicial semiaberto para cumprimento das penas dos pacientes.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E640D61A-C98C-4142-BAC5-B17453336929