

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS N° 142.839 - SP (2009/0143168-6)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : JOSÉ VALÉRIO DE SOUZA E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO ETCHEBEHERE WERDER

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ATENUANTE DA MENORIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA. CRITÉRIO. **ITER CRIMINIS** PERCORRIDO. ENTENDIMENTO FIRMADO NESTA CORTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO.

I - A aplicação da pena privativa de liberdade só pode ser realizada da forma prevista na sistemática legal. Assim, em observância ao art. 67 do CP, a atenuante da menoridade relativa não pode ser compensada com uma causa de aumento de pena.

II - Quanto ao critério da aplicação da redução pela tentativa, relativa ao artigo 14, inciso II, do CP, a decisão impugnada está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte no sentido que na diminuição da pena pela tentativa deve ser considerado o **iter criminis** percorrido pelo agente para consumação do delito. Na hipótese, o paciente agrediu a vítima, subtraiu parcela de seus pertences e fugiu, sendo perseguido e detido por terceiros.

III - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

IV - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

V - *"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 nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003**).

Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2009. (Data do Julgamento).



MINISTRO FELIX FISCHER
Relator

HABEAS CORPUS Nº 142.839 - SP (2009/0143168-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de RENATO ETCHEBEHERE WERDER, atacando v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Retratam os autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de **03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, em regime inicial semiaberto, mais multa pecuniária.

Irresignada, a defesa recorreu. Em sessão de julgamento realizada em **08/05/2009**, o e. Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento ao reclamo.

No presente **writ**, sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal pelo não-reconhecimento da atenuante da menoridade, defendendo a possibilidade de sua compensação com a causa de aumento de pena decorrente do concurso de pessoas. Aduz que a redução da tentativa deveria ter sido feita na proporção de 2/3 (dois terços), pois o acusado é primário, foi perseguido logo após o cometimento do crime e a res furtiva foi devolvida à vítima.

Pede assim: **a)** a compensação da atenuante genérica da menoridade com a causa de aumento de pena do concurso de pessoas; **b)** a redução da tentativa na proporção de 2/3 (dois terços) e **c)** a concessão do regime prisional aberto.

Informações prestadas às fls. 182/183

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 289/292, manifestou-se pela **denegação** da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 142.839 - SP (2009/0143168-6)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ATENUANTE DA MENORIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA. CRITÉRIO. **ITER CRIMINIS** PERCORRIDO. ENTENDIMENTO FIRMADO NESTA CORTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO.

I - A aplicação da pena privativa de liberdade só pode ser realizada da forma prevista na sistemática legal. Assim, em observância ao art. 67 do CP, a atenuante da menoridade relativa não pode ser compensada com uma causa de aumento de pena.

II - Quanto ao critério da aplicação da redução pela tentativa, relativa ao artigo 14, inciso II, do CP, a decisão impugnada está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte no sentido de que na diminuição da pena pela tentativa deve ser considerado o **iter criminis** percorrido pelo agente para consumação do delito. Na hipótese, o paciente agrediu a vítima, subtraiu parcela de seus pertences e fugiu, sendo perseguido e detido por terceiros.

III - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

IV - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

Superior Tribunal de Justiça

V - "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 nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

Ordem parcialmente concedida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: No presente writ o impetrante pede: **a)** a compensação da atenuante genérica da menoridade com a causa de aumento de pena do concurso de pessoas; **b)** a redução da tentativa na proporção de 2/3 (dois terços) e **c)** a concessão do regime prisional aberto.

Quanto ao **tópico "a"** a súplica não comporta concessão.

Ora, a **individualização da pena** é uma obrigação funcional, a ser exercida com critério jurídico pelo juiz e, simultaneamente, uma **garantia** do réu (v.g., art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna e arts. 381 e 387 do CPP) e **da sociedade** (v.g., arts. 381 e 387 do CPP). Está vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da **Lex Maxima**) e a nossa legislação fornece o **critério** mencionado na **Lex Fundamental** ("a lei regulará a individualização...") que deve ser respeitado e aplicado com a indispensável fundamentação **concreta** (cfe. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, **ex vi** do art. 93, inciso IX, 2ª parte da Lei Maior e arts. 157, 381, 387 e 617 do CPP).

Assim, a aplicação da pena privativa de liberdade só pode ser realizada da forma prevista na sistemática legal.

Dito isso, transcrevo o disposto nos art. 67 e 68 do Código Penal:

"Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59

Superior Tribunal de Justiça

deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes ; por último, as causas de diminuição e de aumento . (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua."

Vale dizer, a atenuante genérica da menoridade, prevista no art. 65, inciso I, a ser considerada na segunda fase da dosimetria, nunca, como pretende o impetrante, poderia ser compensada com a causa de aumento de pena decorrente do concurso de pessoas no crime de roubo.

De fato, dos **arts. 59, 67 e 68** do C. Penal, a Lei nº 7.209/84 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado, sob pena de se tornarem, os referidos dispositivos, mero ornato do C. Penal.

E, pela sistemática enfocada, a fixação da pena desdobra-se em três etapas distintas cuja seqüência está evidenciada nos aludidos dispositivos. Senão vejamos.

A **pena-base** é obtida com as **circunstâncias judiciais (art. 59 do CP)**.

A seguir, em segunda operação, devem incidir as **agravantes** e as **atenuantes (ex vi dos arts. 61 a 67 do CP)**, surgindo, daí, a **pena provisória**. Neste momento, portanto, é que o magistrado deveria valorar a atenuante da menoridade relativa caso estivesse em concurso com outras circunstâncias agravantes genéricas.

Finalmente, a pena só se torna **definitiva** ou **final** se não houver a aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (**majorantes** ou **minorantes, ex vi do art. 68 do CP**).

Assim, pela sistemática legal, incabível a compensação entre a atenuante da menoridade relativa com a majorante do concurso de agentes.

Ressalte-se, por fim, que quanto à segunda fase da dosimetria, desde a elaboração do C. Penal de 40, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei nº 7.209/84, nunca predominou, e nem sequer mereceu destaque, o entendimento de que as **agravantes e atenuantes (ao contrário das majorantes e minorantes)** pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora

dos limites previstos em lei.

Assim, não subsiste interesse de agir do paciente quanto ao reconhecimento da menoridade relativa eis que a pena-base, que foi fixada pelo juiz singular no mínimo legal, não poderia ser reduzida aquém deste mínimo pela incidência da aludida atenuante (**Súmula n.º 231-STJ**).

Quanto ao **tópico "b"** a súplica também não comporta concessão.

De fato, em relação ao critério da aplicação da redução pela tentativa, o v. acórdão impugnado está em consonância com a jurisprudência firmada por este Tribunal.

Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que para aplicação da redução pela tentativa deve ser considerado o **iter criminis** percorrido pelo agente para a consumação do delito.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, IV C/C 14, II DO CPB). REDUÇÃO MÍNIMA. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. LEGALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. CRIME HEDIONDO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. (...)

2. *O fato do agente ter percorrido quase todo o **iter criminis**, enseja, a toda evidência, maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, de sorte a exigir uma resposta mais severa para sua conduta. Assim, mostra-se não somente legal, mas coerente e razoável, a redução de pena em apenas 1/3, de modo que seja, ao final, fixada em seu patamar máximo.*

3. (...)

4. *Denegação da ordem, em que pese o parecer ministerial pela concessão parcial".*

(HC 75605/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 15/10/2007).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 157, § 3º, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA TENTATIVA NO MÍNIMO. PROXIMIDADE DA

Superior Tribunal de Justiça

CONSUMAÇÃO. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF.

I - A diminuição da pena pela tentativa deve considerar o *iter criminis* percorrido pelo agente para a consumação do delito. Assim, ao percorrer todo o caminho para a consumação do crime, a pena, em virtude da atenuante do art. 14, inciso II, do Código Penal, deve ser reduzida ao mínimo.

II - (...)

III - (...)

Recurso provido.

Habeas corpus concedido de ofício em relação ao recorrido WARLEY DE ALENCAR SANTANA DA SILVA a fim de afastar a vedação legal relativa à progressão de regime".

(REsp 845507/DF, 5ª Turma, minha relatoria, DJU de 09/04/2007).

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 231 DO STJ. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. INAPLICÁVEL A MAJORANTE PREVISTA NO CRIME DE ROUBO. TENTATIVA. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. REDUÇÃO MÍNIMA.

1. (...)

3. A redução prevista no art. 14, inciso II, do Código Penal deve corresponder ao trecho do *iter criminis* percorrido pelo Réu.

4. Recurso especial conhecido e provido".

(REsp 708542/RS, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJU 13/11/2006).

Na hipótese dos autos, conforme consta no v. acórdão hostilizado, o paciente percorreu todo o *iter criminis*, só não obtendo sucesso na fuga.

Transcrevo trecho do acórdão:

"Ora, na espécie se trata de crime complexo, sendo certo que além de sequestrarem a vítima, coartando sua capacidade de resistência, os apelantes e seu grupo lograram, mesmo que por breve tempo, a posse de parcela dos pertencentes da vítima, um aparelho de MP3 Player, somente recuperado por conta da detenção de Renato, depois de perseguição.

Percorreram, então, largo passo do caminho do crime, incursionando pela conduta vedada, somente não atingindo o sucesso da fuga em posse da res.

Com efeito, agrediram a vítima, empalmaram parcela de seus pertences

Superior Tribunal de Justiça

e fugiram, sendo perseguidos, e ao momento da detenção de Renato, na posse de parcela da res, Jefferson retornou para auxiliar o comparsa, sendo também detido. Incorrigível, pois, a redução mínima." (fls. 25/26)

Por fim, quanto ao **tópico "c"** a súplica comporta provimento.

O deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a completa inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Examinando os autos, verifica-se que os referidos requisitos foram atendidos. A sentença proferida pelo Juízo de 1º grau fixou a pena-base no mínimo legal, situação mantida pela e. Corte **a quo**. Ausente toda e qualquer circunstância judicial desfavorável ao sentenciado, a quantidade da pena-base aplicada é inferior a 4 (quatro) anos e trata-se de réu primário.

Diante desse contexto, não há razão para não conceder o regime aberto para o cumprimento da reprimenda. A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "c", e § 3º, e 59 do CP.

Vejam-se, oportunamente, alguns julgados proferidos pelo c. **Supremo Tribunal Federal** que ratificam esse entendimento:

"Individualização da pena: regime de cumprimento de pena: critério legal. A gravidade do crime, para todos os efeitos legais, se traduz na escala penal cominada ao tipo. Se, nos limites dela, a pena imposta comporta determinado regime de execução, não cabe, para impor outro, mais severo, considerar novamente, e como única razão determinante, a gravidade em abstrato da infração cometida: o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente outros, segundo a sua validação subjetiva de modo a negar ao condenado o que lhe assegura a lei. Precedentes do Tribunal, de ambas as Turmas, e agora do Plenário (HC 77.682, 22.10.98)"

(RHC 80.970/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 10/08/2001).

Superior Tribunal de Justiça

"- Havendo timbrado, a sentença confirmada, no afastar, afora a gravidade do tipo delituoso (roubo tentado), qualquer circunstância capaz de agravar o regime de execução da pena de três anos, seis meses e vinte dias de reclusão, impõe-se a admissão, no caso, do regime aberto"

(HC 74891/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 05/09/97).

"**Habeas Corpus.** 2. Regime inicial de cumprimento da pena, em se tratando de crime de roubo qualificado (Código Penal, art. 157, § 2º, incisos I e II). 3. Hipótese em que o réu, ora paciente, foi condenado a pena de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, por infringir o art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. A sentença considerou o réu como primário e de bons antecedentes. 4. De acordo com o § 2º do art. 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo diploma legal, ou seja, com verificação das circunstâncias judiciais. 5. Embora o roubo qualificado, por sua natureza, constitua efetivamente delito grave, essa circunstância, por si só, não é suficiente para, em todos os casos, estabelecer-se o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, se esta é fixada em menos de oito anos de reclusão e as circunstâncias judiciais (Código Penal, art. 59) não são desfavoráveis ao réu. 6. **Habeas Corpus** deferido para que, na espécie em exame, o regime inicial de cumprimento da pena seja o semi-aberto."

(HC 77682/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 05/02/99).

"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL AGRAVADO PELO TRIBUNAL A QUO, DE SEMI-ABERTO PARA FECHADO, AO ACOLHER APELO DA ACUSAÇÃO, COM BASE NA GRAVIDADE IN ABSTRACTO DO CRIME E COM REFERÊNCIA GENÉRICA A ALGUNS DOS CRITÉRIOS RELACIONADOS NO ART. 59, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL: FUNDAMENTAÇÃO.

1. A gravidade **in abstracto** do crime está sempre ínsita na definição do tipo penal, não podendo, portanto, servir de base para o agravamento da pena ou do regime prisional, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da reprimenda.

2. A simples referência ao **caput** do art. 59 do Código Penal ou genericamente aos critérios nele previstos não satisfaz a exigência de fundamentação da decisão nem a da individualização da reprimenda.

3. Excluídas estas duas notas, subsiste nesta parte da

Superior Tribunal de Justiça

fundamentação do acórdão as referências à idade, primariedade, audácia e agressividade incomuns e à agravante do art. 61, II, h, do Código Penal. Ora, se o primeiro fundamento está incorretamente adotado e se o segundo está apenas parcialmente fundamentado no terceiro, é evidente que após estas exclusões a força do remanescente padece de questionável suficiência para suportar sozinha o agravamento do regime prisional.

4. Habeas corpus conhecido e deferido para restabelecer o regime prisional semi-aberto estabelecido na sentença"

(HC 77206/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 11/09/98).

Tal entendimento, aliás, configura o teor do Enunciado da Súmula nº 718 do **Pretório Excelso**, **verbis**:

"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." (DJU de 09/10/2003).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes prolatados no âmbito do **Superior Tribunal de Justiça**:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

*II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP (**Precedentes**).*

*III - "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 da Súmula nº 718 do Pretório Excelso**).*

Writ concedido."

Superior Tribunal de Justiça

(HC 90.642/SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 18/02/2008).

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DA QUALIFICADORA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. BOA ANTECEDÊNCIA E PRIMARIEDADE RECONHECIDAS PELO ACÓRDÃO E PELA SENTENÇA. DIREITO AO REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. ORDEM CONCEDIDA PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO.

1. Com base unicamente na gravidade da qualificadora do delito, não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei.

2. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Ante a ausência de fundamentação concreta e idônea, deve ser fixado o regime aberto para o início do cumprimento de pena fixada em 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, especialmente porque favoráveis as circunstâncias judiciais e reconhecidos, pela sentença e pelo acórdão, a primariedade e a boa antecedência criminal.

4. Ordem concedida para fixar o regime inicial aberto."

(HC 67.092/SP, 6ª Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 24/09/2007).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE BRINQUEDO. INCIDÊNCIA INDEVIDA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 174/STJ CANCELADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL MAIS SEVERO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO FUNDAMENTADA TÃO-SOMENTE NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. SÚMULA 718/STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça cancelou o enunciado da Súmula 174/STJ, firmando sua jurisprudência no sentido de que não se aplica a majorante do art. 157, § 2º, I, do CP aos delitos de roubo praticados com emprego de arma de brinquedo.

2. Assim sendo, é de ser afastada a incidência, na hipótese, da referida causa especial de aumento (art. 157, § 2º, I, do CP).

3. Nos termos da Súmula 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

Superior Tribunal de Justiça

pena aplicada".

4. A fixação da pena-base no mínimo legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, com o estabelecimento do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda pela prática do crime de roubo majorado, com base apenas na gravidade genérica do delito, constitui constrangimento ilegal, por inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

5. Ordem concedida para redimensionar a pena imposta ao paciente a quatro anos de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, além do pagamento de dez dias-multa."

(HC 74.006/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/06/2007).

Diante dessas considerações, **concedo parcialmente a ordem**, para determinar que o ora paciente inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2009/0143168-6
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 13062006 50060716878 993080421250

HC 142839 / SP

EM MESA

JULGADO: 03/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ VALÉRIO DE SOUZA E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO ETCHEBEHERE WERDER

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de dezembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário