



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.831 - SP (2011/0280055-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MÁRCIO SIMÕES DOS SANTOS
PACIENTE : GLEISON WILSON BRAGA DE AMORIM
PACIENTE : JESUEL DE PAULA GERALDO

EMENTA

HABEAS CORPUS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS TENTADOS. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. NÃO CONSTATADA. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. De acordo com o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu" (Súmula n. 523 do STF).
2. Os acusados foram assistidos por advogado de sua confiança, que os acompanhou durante a instrução processual e até o oferecimento de memoriais, ocasião em que não alegou a inocência dos acusados apenas porque eles haviam confessado a prática delitiva em juízo, o que afasta a alegação de ausência de defesa.
3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.
4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, seis tentativas de roubo circunstanciado cometidas mediante o concurso de quatro agentes e o emprego de duas armas de fogo.
5. Ordem não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de maio de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.831 - SP (2011/0280055-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MÁRCIO SIMÕES DOS SANTOS

PACIENTE : GLEISON WILSON BRAGA DE AMORIM

PACIENTE : JESUEL DE PAULA GERALDO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MÁRCIO SIMÕES DOS SANTOS, GLEISON WILSON BRAGA DE AMORIM e JESUEL DE PAULA GERALDO, pacientes neste habeas corpus, estariam sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que negou provimento à Apelação n. 0385207-45.2010.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II, por seis vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal (fls. 16-29).

Tanto o Ministério Público quanto a defesa recorreram. O Tribunal de origem negou provimento aos recursos (fls. 42-49).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta a deficiência da defesa dos pacientes, ao argumento de que eles "não tiveram defesa na sua expressão técnica, resumindo-se a intervenção do advogado constituído à apresentação de argumentação inconsistente, em apenas 12 linhas" (fl. 3).

Ressalta que, em memoriais de alegações finais, "não foram apresentadas teses que buscassem a absolvição de Gleison, Márcio e Jesuel e combatessem as alegações acusatórias, o que ocasionou prejuízo concreto aos pacientes que se quedaram indefesos naquela fase processual" (fl. 3).

Considera ilegal a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena, pois, "considerando-se a primariedade dos pacientes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não ostentam antecedentes desabonadores, é cabível a aplicação do regime semiaberto para início de expiação, não havendo, portanto qualquer justificativa para a imposição de regime prisional mais gravoso" (fl. 9).

Requer, liminarmente, que seja concedido aos pacientes o direito de aguardar em regime semiaberto o julgamento final do *writ*. No mérito, postula a concessão da ordem, "declarando-se a nulidade do acórdão proferido, ou, em caso de entendimento diverso, a fixação do regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade imposta" (fl. 9).

Indeferida a liminar (fls. 74-76) e prestadas as informações (fls. 85-107 e 109-182), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 185-187).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.831 - SP (2011/0280055-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS TENTADOS. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. NÃO CONSTATADA. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. De acordo com o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu" (Súmula n. 523 do STF).
2. Os acusados foram assistidos por advogado de sua confiança, que os acompanhou durante a instrução processual e até o oferecimento de memoriais, ocasião em que não alegou a inocência dos acusados apenas porque eles haviam confessado a prática delitiva em juízo, o que afasta a alegação de ausência de defesa.
3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.
4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, seis tentativas de roubo circunstanciado cometidas mediante o concurso de quatro agentes e o emprego de duas armas de fogo.
5. Ordem não conhecida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **não identifico** suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

II. Contextualização

Os pacientes foram condenados, em primeira instância, às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II, por seis vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal. A reprimenda foi assim individualizada (fls. 27-28, destaquei):

Passo a dosar as penas, o que faço apenas em relação a um dos crimes de roubo, porto que idênticos, como determina o artigo 70, do Código Penal.

Os réus são primários e sem antecedentes. Por isso, com fundamento no artigo 59, do Código Penal, fixo a pena-base de todos em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase da fixação da reprimenda, deixo de reconhecer a atenuante da confissão em favor dos réus MÁRCIO, GLEISON e JESUEL, por ter sido parcial e mendaz, com intenção deliberada de isentar o comparsa ANDRÉ e atenuar a própria responsabilidade. Ademais, a pena não seria atenuada por já estar no piso legal, como determina a Súmula nº 231, do STJ.

Na derradeira fase da fixação da pena, cabível o acréscimo decorrente das causas de aumento reconhecidas na sentença e previstas no § 2º do artigo 157, do Código Penal. Nesse particular, as penas devem receber aumento de 1/2, em virtude do **concurso elevado do número de agentes (quatro roubadores) e do emprego de duas armas de fogo municionadas**, resultado em uma reprimenda de 06 anos de reclusão e 15 dias-multa. Em seguida, aumento a pena dos réus em 1/2 (metade) pelo concurso formal entre 06 (seis) crimes de roubo (artigo 70, do Código Penal), levando-a para 09 ANOS DE RECLUSÃO E 22 DIAS-MULTA. Por fim, diminuo a pena de 1/3 por aplicação do artigo 14, II, do Código Penal, considerando que os réus se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aproximaram do momento consumativo. Trago a reprimenda para 06 ANOS DE RECLUSÃO E 14 DIAS-MULTA, tornando-a definitiva. Com apoio no artigo 33, do Código Penal, as penas serão cumpridas em regime inicial FECHADO. Inviável o regime mais brando por ter sido o delito **praticado por quatro agentes e com emprego de duas armas de fogo muniçadas, colocando em risco concreto a integridade física das vítimas**, comportamento incompatível com qualquer medida punitiva em meio aberto.

Tanto o Ministério Público quanto a defesa recorreram. O Tribunal de origem negou provimento aos apelos. Quanto às matérias suscitadas neste *writ*, consignou que (fls. 45-48, grifei):

A preliminar suscitada por GLEISON WILSON, JESUEL E MÁRCIO não se sustenta.

Com efeito, **diante da confissão espontânea dos apelantes em Juízo, não havia como o defensor negar a participação deles na empreitada criminosa, restando-lhe empregar esforços para minimizar as consequências disto**, o que foi feito, como se vê às fls. 308/310.

[...]

Por fim, tratando-se de roubo, a opção pelo regime inicial fechado é mesmo a mais adequada.

Aliás, pouco importa que o roubo seja simples ou qualificado, consumado ou tentado: em qualquer das suas formas, esta espécie de crime é muito grave e revela a personalidade deformada daquele que o comete.

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, realizada em 13/5/2016, **não foi encontrado o registro de nenhum processo de execução penal em desfavor do paciente Márcio Simões dos Santos.**

Ainda, foram encontradas execuções penais registradas em desfavor dos réus **Jesuel de Paulo Geraldo** (VEC n. 895.685) e **Gleison Wilson Braga de Amorim** (VEC n. 895.383), ambas em andamento, sem indicação do número da ação penal originária cuja pena está sendo cumprida pelos acusados.

Feito esse registro, passo ao exame das teses defensivas.

III. Deficiência da defesa técnica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à alegada precariedade da defesa técnica – sob o fundamento de que não teria afirmado a inocência dos ora pacientes –, saliento que, de acordo com o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu" (Súmula n. 523 do STF).

Com efeito, entendo que não há falar em ausência de defesa técnica, haja vista que, conforme se depreende dos autos, os **pacientes foram assistidos por advogado de sua confiança**, que os acompanhou até o final da instrução processual, inclusive no oferecimento dos memoriais de alegações finais, e, ao que se percebe, portou-se de forma suficientemente cuidadosa.

Ademais, tal como asseverou a instância antecedente, **os pacientes confessaram a prática delitiva perante o Juízo de primeiro grau**, de forma que eventual alegação de inocência, em memoriais, seria totalmente inócua, o que permite concluir que o defensor constituído agiu com acerto ao postular a redução da pena em razão da atenuante da confissão.

A propósito, "a própria atuação plena da defesa técnica, intervindo em toda ação penal [...], afasta a ideia inicial de prejuízo, nos termos do art. 570 do CPP." (HC n. 311.533/MA, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., 16/4/2015)

Ademais, consoante entendimento deste Superior Tribunal, "A posterior discordância em relação à profundidade das teses defensivas então apresentadas, ou em relação às estratégias adotadas pelos profissionais então constituídos, não tem o condão de macular de nulidade o ato, uma vez que o réu não pode ser considerado indefeso." (RHC n. 41.517/PI, Rel. Ministro **Ericson Maranhão** (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., 18/6/2015)

Assim, não identifico nenhum indício de nulidade em relação à aventada ausência ou deficiência de defesa técnica a justificar a concessão da ordem em relação a essa matéria.

IV. Regime prisional inicial

Quanto à almejada modificação do regime inicial de cumprimento da pena, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (HC n. 279.272/SP, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; HC n. 265.367/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; HC n. 213.290/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; HC n. 148.130/MS, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

Ao comentar a Reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984, a doutrina ressalta que:

[...] a nova Parte Geral **torna mais amplo o poder discricionário do juiz**, acentuando a cada passo a tarefa de individualização da sanção penal, repetindo em diversos momentos os critérios de que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida". Sublinha que, "na nova Parte Geral, se faz menção em vários artigos à necessidade de atenção para a **escolha justa da sanção aplicável** tendo por base os critérios contidos no art. 59", que "em muito difere do art. 42 do Código Penal de 1940, pois **o texto atual estabelece com maior precisão que se deve ter em vista o que se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime**". (REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 159 e 163).

Com efeito, a escolha justa da sanção necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime torna "imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o *quantum* da sanção e a sua modalidade, no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação" (REALE JUNIOR, Miguel, op. cit., p. 164).

A importância desse ponto de vista evidencia-se quando constatamos que a aplicação da pena no caso concreto repercute na utilidade social que desempenha o Direito Penal e na sua justificação política, de modo que, ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário ao réu, mas para com o necessário à sociedade. O próprio Código Penal, na redação dada pela Lei n. 7.209, de 11/7/1984, no seu artigo 33, § 3º, dispõe que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, independentemente de o juiz haver, ou não, reconhecido circunstâncias judiciais favoráveis na primeira etapa da dosimetria da pena, poderá justificar a fixação do regime carcerário inicial com fulcro naqueles critérios previstos no art. 59 do CP, tendo por **norte a necessidade e a suficiência da reprimenda para a reprovação e a prevenção do crime**. E, para tanto, não há como coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, sinalizem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

Sob tais premissas, constato que, na hipótese, o regime inicial mais gravoso foi fixado **com suporte em elementos que evidenciam a maior gravidade da conduta delitiva perpetrada pelos réus**. Com efeito, o Juízo de primeiro grau destacou que os crimes imputados aos pacientes – seis roubos circunstanciados tentados – foram cometidos **mediante o concurso de quatro agentes e o emprego de duas armas de fogo**.

Diante da fundamentação oferecida pela instância de origem, **não verifico o alegado constrangimento ilegal** de que estariam sendo vítimas os pacientes, pois não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado **quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime**.

Não se trata, portanto, de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, em violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF, como alegado pela defesa.

Ilustrativamente:

[...]

1. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No caso vertente, **não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime** - na espécie, a premeditação do grupo criminoso, que contou com agentes vindos de outra comarca, e o elevado montante roubado, que causou grande prejuízo à vítima (R\$ 94.133,00), ainda que o agente seja primário e o quantum da pena seja inferior a 8 anos.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 327.011/MT, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 8/9/2015, destaquei).

Dessa forma, não visualizo ilegalidade no acórdão que determinou aos pacientes cumprir a pena em regime inicial fechado, ante a presença de motivação concreta.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço da impetração**, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. E, examinando seu conteúdo, **não identifico constrangimento ilegal** que me levasse a conceder, de ofício, a ordem postulada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0280055-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 225.831 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16622009 3852074520108260000 50090871804 990103852079

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MÁRCIO SIMÕES DOS SANTOS
PACIENTE	: GLEISON WILSON BRAGA DE AMORIM
PACIENTE	: JESUEL DE PAULA GERALDO
CORRÉU	: ANDRÉ LUÍS DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.