



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.557 - RJ (2013/0406291-8)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JHONATAN FILIPE CORREIA DOS SANTOS
PACIENTE : GILMAR DOS SANTOS SILVA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. IMPOSIÇÃO DE REGIME FECHADO, MAIS SEVERO, COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO DE ROUBO MAJORADO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Configura constrangimento ilegal a imposição do regime mais gravoso ao paciente – réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal –, sem motivação concreta, em virtude, unicamente, da gravidade abstrata do delito de roubo majorado (pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes). Inteligência das Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido de habeas corpus, expedindo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que lavrará o acórdão, vencidos, neste ponto, o Sr. Ministro Relator e a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE). Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior quanto ao não conhecimento do habeas corpus.

Votaram com o Sr. Ministro Nefi Cordeiro os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior quanto à concessão da ordem de ofício.

Brasília, 08 de maio de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.557 - RJ (2013/0406291-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : JHONATAN FILIPE CORREIA DOS SANTOS

PACIENTE : GILMAR DOS SANTOS SILVA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JHONATAN FILIPE CORREIA DOS SANTOS e GILMAR DOS SANTOS SILVA estariam sofrendo coação ilegal em seus direitos de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Criminal n. 0006110-34.2012.8.19.0052.

Informa a impetrante que os pacientes foram condenados à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa, pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal estadual negou provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença condenatória.

Sustenta a defesa que deveria ser fixado aos pacientes o regime inicial semiaberto, visto que eles são primários e todas as circunstâncias judiciais lhe foram tidas como favoráveis. Aduz que não há fundamentação idônea para justificar o estabelecimento de regime mais gravoso, a teor das Súmulas n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

Requer a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações, foram os autos enviados ao MPF, que opinou pelo não conhecimento da ordem às fls. 52/54.

Os autos voltaram conclusos em 20/12/2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.557 - RJ (2013/0406291-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. POSSIBILIDADE DE O JUIZ APRESENTAR FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE DE PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O STJ, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, 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*.

2. Estabelecer os parâmetros de aplicação do regime inicial de pena em casos como o dos autos requer do STJ a clara compreensão sobre sua razão de ser: **conferir unidade ao sistema jurídico, projetando a aplicação do Direito para o futuro**, mediante sua adequada interpretação, a partir do julgamento dos casos de sua competência.

3. Há que se ponderar sobre **a importância e o alcance de uma correta aplicação da pena** (objeto da dogmática jurídico-penal), de modo a atender otimamente à sua função primordial, tendo como norte tanto a **persecução e a evitação de crimes, quanto a preservação das liberdades e garantias individuais**.

4. O enriquecimento da dogmática penal por aspectos atinentes à Política Criminal, no caso dos autos, em que se discute a fixação de **regime inicial de cumprimento de pena** em condenação pelo crime de **roubo duplamente majorado pelo emprego de arma de fogo**, deve levar em consideração, em primeiro lugar, a necessidade, sob uma concepção moderna de Direito Penal, de **integração do escopo retributivo com a teleologia essencialmente preventiva da pena**.

5. É de fundamental importância nutrir a confiança dos cidadãos no Estado Democrático de Direito, por meio **(i) da demonstração dos efeitos que a pena exerce sobre a população respeitadora do direito**, cuja segurança é reafirmada na vigência fática (e não meramente jurídica) das normas (prevenção geral positiva); **(ii) da coação psicológica** como desestímulo a condutas delitivas por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceiros (prevenção geral negativa); e **(iii) da incapacitação para a prática de novos crimes pelo segregado** (prevenção especial negativa).

6. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, **de maneira motivada**, qual deverá ser o **regime inicial** 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**.

7. Ao conjugar a idéia de pena como ato político com a necessidade de legitimamente tutelar "*a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo*", forçoso concluir que a omissão do Estado em aplicar uma **pena minimamente proporcional**, dentro de limites previamente previstos, consubstancia **proteção deficiente de direitos fundamentais**, objetivamente considerados.

8. No caso concreto, o juiz de primeira instância - no que foi ratificado pela Corte de origem - **fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado**, visto que apontou **circunstância concreta apta a indicar a maior reprovabilidade da conduta** do paciente, **ao empregar arma de fogo** para subtrair os pertences da vítima.

9. Ineludivelmente o roubo cometido com emprego de arma de fogo possui maior reprovabilidade e maior potencialidade lesiva à integridade física da vítima e de terceiros do que o roubo cometido com outro tipo de arma menos letal. Logo, ainda que se comine, abstratamente, igual sanção a ambas as hipóteses, **atenderá ao critério da proporcionalidade das penas, bem assim ao efeito dissuasório, preventivo**, que se lhe pretende atribuir (quer para a população em geral, quer para o agente transgressor da norma), punir o autor do roubo que empunha um revólver, uma pistola, um fuzil ou outra arma de fogo, com **pena concretamente mais grave e regime de seu cumprimento mais rigoroso** em relação aos que caberiam, *in thesis*, àqueloutros perpetradores de roubo que se valem de um canivete ou de uma faca como meio intimidatório da vítima.

10. Precedentes do STF e do STJ. Observância das Súmulas 440/STJ e 719/STF.

11. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ(RELATOR):

I.

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de 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(a) 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.

Inicialmente, com o propósito de contextualizar a conduta atribuída aos pacientes, convém transcrever excerto da denúncia:

[...] No dia 31 de outubro de 2011, por volta das 22:00 horas, na Rua Cristovão Colombo, em frente ao número 280, XV de novembro, nesta comarca, os denunciados, conscientes e voluntariamente e em comunhão de ações e desígnios, subtraíram, para os mesmos ou para outrem, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, uma motocicleta Honda CG 125 Fan, preta, placa KVV - 2324 de propriedade da vítima Felipe dos Santos Marinho.

Na data dos fatos, a vítima estava no local acima referido, residência de sua namorada, juntamente com esta, momento em que os denunciados passaram e cumprimentaram a vítima.

Em seguida, os mesmos voltaram e, empunhando uma arma de fogo, exigiram a entrega da motocicleta, alegando que precisavam dela para fugir.

A vítima, amedrontada, entregou a res furtiva e os denunciados fugiram, conduzindo-a.

Desta forma, foi objetiva e subjetivamente típica a conduta dos denunciados, não havendo qualquer discriminante a justificá-la, estando, por conseguinte, os mesmos incursos nas penas do artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II do Código Penal.

Nestas condições, recebida a presente, requer o Ministério Público a citação dos denunciados para, sob pena de revelia, responderem aos termos da presente. ação penal, esperando, ao final, seja julgado procedente o pedido, com a condenação dos acusados nas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas da Lei. [...] (fls. 07/08)

O juiz de primeira instância, ao julgar procedente a exordial acusatória, condenou os pacientes à penas privativas de liberdade a serem cumpridas no regime inicial fechado sob a seguinte fundamentação:

*[...] Regime de Pena - O regime de pena deve ser fixado de acordo com as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, observada, ainda, a orientação do artigo 33 do mesmo diploma legal. Não se trata, porém, de uma regra absoluta, devendo o Juiz, quando do calibramento da pena, buscar aquela que se apresenta **justa e necessária à prevenção e repressão do crime, não só com relação ao seu quantitativo, mas, também, quanto a sua qualidade**. Entendo que aquele que emprega arma de fogo para subtrair os pertences da vítima atua com extrema ousadia e periculosidade, estando disposto a 'matar ou morrer', o que toma a circunstância da infração mais grave, sendo o REGIME FECHADO o adequado para início de cumprimento da pena reclusiva dos condenados. Ademais, como acima observado, os réus foram condenados em 1ª instância pelo mesmo crime de roubo.*

Vale dizer, o delito de roubo praticado com emprego de arma de fogo e concurso de pessoas traz drásticas conseqüências, na medida em que cada vez mais aterroriza a sociedade. Não bastasse isso, tempo houve em que a utilização de arma era só para defesa pessoal, porém, hoje, a realidade é outra e, para se proporcionar um mínimo de segurança à população, é imprescindível impor ao roubador armado, o regime fechado. [...] (fl. 22)

O Tribunal de Justiça estadual, por sua vez, ratificou *in totum* a sentença sob os seguintes argumentos:

[...] De resto, quanto ao pedido defensivo que busca o abrandamento do regime prisional, entendo que o mesmo não se mostra cabível.

Como se sabe, o regime prisional é fixado segundo as regras do art. 33 do Código Penal, sob o influxo do Princípio da Proporcionalidade e subsidiado pela exata medida retributiva necessária à prevenção e repressão do injusto (STJ, Rei. Min. Jorge Mussi, 5ª T., HC 243239/MS, julg. em 20.11.2012).

Na espécie dos autos, atento mais uma vez a característica de o roubo ter sido praticado com emprego ostensivo de arma de fogo, circunstância que tende a concretamente revelar um perfil



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminoso de acentuada ousadia e destemor, a justificar tratamento de maior severidade, esta Corte firmou orientação pelo estabelecimento do regime prisional inicial fechado (CP, § 3º do art. 33), único a revelar-se compatível e suficientemente proporcional ao risco produzido [...] (fl. 37)

Com efeito, na espécie, verifico que o juiz de primeira instância, no que foi ratificado pela Corte de origem, fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado, visto que apontou circunstâncias concretas aptas a indicar a maior reprovabilidade da conduta do paciente. É dizer, o emprego de arma de fogo para subtrair os pertences da vítima, tal como descrito nos autos, indica, como observado pelo magistrado singular, a extrema ousadia e a periculosidade do réu, visto que demonstra o seu estado de espírito – disposto a 'matar ou morrer' –, e justifica, a partir dos princípios da necessidade e da suficiência, a adequação do regime prisional fechado de início de cumprimento de pena.

III.

Estabelecer os parâmetros de aplicação do regime inicial de pena em casos como o dos autos requer do STJ a clara compreensão sobre sua razão de ser: conferir unidade ao sistema jurídico, projetando a aplicação do Direito para o futuro, mediante sua adequada interpretação, a partir do julgamento dos casos de sua competência.

Como acuradamente assere Daniel MITIDIERO (*Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013, *passim*), a decisão recorrida deve ser entendida como meio de que se vale a Corte Superior para, a partir da interpretação adequada do Direito, alcançar o máximo possível da unidade do direito aplicado em todo o território nacional, sem renunciar, por óbvio, ao controle de juridicidade das decisões recorridas.

Desde o final do século XIX, afirmava-se ser o Direito Penal "*a barreira infranqueável da Política criminal*" (VON LISZT, F. *Tratado de Direito Penal Alemão*. 1ª edição. Rio de Janeiro: F. Briguet & C. editores, 1899). Porém, essa separação absoluta entre as postulações de política criminal e a aplicação do Direito penal só foi consistentemente refutada em 1970, quando Claus Roxin defendeu que a Política Criminal e o Direito Penal devem entrelaçar-se, porquanto este último é "*a forma, através da qual as valorações político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica*".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, passa o Direito Penal a servir, simultaneamente, "para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo" (ROXIN, C. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2ª edição. Lisboa: Vega, 1993, p. 76).

Essa escola doutrinária pretende a superação do conceito meramente instrumental, ou formal, de Política Criminal, substituindo-o por outro, que viabilize a integração, em uma mesma ideia, tanto do interesse à **evitação e persecução de crimes**, como do interesse à **preservação das liberdades e garantias individuais**.

Trazendo essa concepção para a análise do caso vertente, há que se ponderar sobre **a importância e o alcance de uma correta aplicação da pena** (objeto da dogmática jurídico-penal), de modo a atender otimamente à sua função primordial, tendo como norte, tal qual dito acima, tanto a persecução e a evitação de crimes, quanto a preservação das liberdades e garantias individuais. Ou, sob outra ótica, o correto manejo do Direito Penal propicia "o máximo de bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 1ª edição. São Paulo: RT, 2002, p. 271).

É dizer, o enriquecimento da dogmática penal por aspectos atinentes à Política Criminal, **no caso dos autos**, em que se discute a fixação de **regime inicial de cumprimento de pena** em condenação pelo crime de **roubo duplamente majorado**, deve levar em consideração, em primeiro lugar, a necessidade de **integração**, sob uma concepção moderna de Direito Penal, do **escopo meramente retributivo com a teleologia essencialmente preventiva da sanção criminal**.

Miguel REALE JUNIOR ressalta, ao comentar a Reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984, 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovação e prevenção do crime". Nesse ponto, o autor – um dos membros da comissão de Revisão de 1984 – deixa claro que se trata da parte mais relevante do novo texto, "*que se dissemina como um 'refrão'*" (REALE JUNIOR, Miguel *et al.* Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 159 e 163).

Para atingir esse mister – a escolha justa da sanção necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime –, "*é 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 – como veremos adiante –, de modo que, "*ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário para o 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 art. 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*", isto é, independentemente de o juiz haver reconhecido circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira etapa da dosimetria da pena, poderá justificar a fixação do regime carcerário inicial com fulcro naqueles critérios previstos no art. 59, tendo por **norte a necessidade e a suficiência da reprimenda para a reprovação e prevenção do crime**.

No caso sob exame, não se mostra suficiente a fixação do regime mais gravoso invocando *tout court* o poder punitivo estatal. Em verdade, impõe nutrir a confiança dos cidadãos no Estado Democrático de Direito por meio **(i) da demonstração dos efeitos que a pena exerce sobre a população respeitadora do direito**, que tem sua segurança reafirmada na vigência fática (e não meramente jurídica) das normas, i.e., a prevenção geral, de integração, positiva (ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal *in Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2ª edição. Lisboa: Vega Universidade, 1993, p. 15 e ss.; e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal *in Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. 1º edição. São Paulo: RT, 1999, p. 86 e ss.), **(ii) da coação psicológica** como desestímulo a práticas delitivas por terceiros,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meio de prevenção geral, de intimidação, negativa; e **(iii) da incapacitação para a prática de novos delitos pelo segregado** (prevenção especial negativa).

Santiago MIR PUIG (*El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 118/120) bem enfatiza, entre outros aspectos relativos ao tema, a distinção entre a **retribuição e a prevenção como objetivos primordiais da sanção criminal**. Sublinhando a necessidade de prevalência do caráter preventivo da pena, aduz o penalista catalão que "*se a retribuição visa ao passado e se esgota no castigo pelo fato, a prevenção visa ao futuro e objetiva inibir, mediante a cominação da pena, o cometimento de delitos*".

A seu turno, erige-se como obviedade no meio forense e acadêmico a percepção de que – consoante já antecipava, há mais de dois séculos, o Marquês de Beccaria, em sua seminal obra *Dos delitos e das penas* – um dos maiores freios dos delitos "não é a severidade das penas, mas sua infalibilidade". É mister, portanto, que não se ocupem tanto os legisladores e os intérpretes da lei penal com o incremento das penas (cominadas e concretizadas), dando maior ênfase na sua **efetiva aplicação**.

Assim, considero possível, sempre sob o alerta da refutabilidade de qualquer dedução lógico-científica, extrair-se a conclusão de que condutas consideradas, tanto pelo Direito Penal (dogmática), quanto pelo senso comum, como mais danosas à convivência humana, qual a de um **roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo**, hão de receber uma resposta penal **que não se iguale àqueloutras de gravidade notoriamente menor**, sem embargo de ostentarem, no plano normativo, abstrato, a mesma sanção.

Dito de outro modo: alguém – jurista ou não –, em uma avaliação bem refletida, poderá duvidar que um roubo cometido com o emprego de um **canivete ou uma faca** (arma branca) possui o mesmo grau potencial lesividade à integridade física da vítima, comparativamente a um roubo cometido com o **emprego de um revólver ou de uma pistola** (arma de fogo), **ainda que positivadas ambas as situações no mesmo inciso do tipo penal incriminador?**

Em maior grau de particularização do questionamento: ainda que se comine, abstratamente, igual apenamento para uma e para outra das hipóteses apresentadas, **atenderá ao critério da proporcionalidade das penas, bem assim ao efeito dissuasório, preventivo** que se pretende atribuir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à pena (quer para a população em geral, quer para o agente transgressor da norma), sancionar o infrator, em tais situações, com idêntica pena, **cumprida com igual rigor *ab initio***?

E, para reduzir, ao máximo, o alcance da hipótese questionada: mesmo se, em atenção e com a estrita observância dos critérios indicados na lei penal para fixar-se o *quantum* da reprimenda, não se permitir a elevação da sanção para além do mínimo legal – que, no exemplo em apreço é de 5 anos e 4 meses de reclusão – **haverá impedimento legal a que, no momento final do processo de individualização da pena, se opte pelo regime de pena mais severo**, na margem de discricionariedade ínsita à atividade jurisdicional, ainda que, certamente, balizada pelos ditames normativos?

Entendo que, fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada, qual deverá ser o regime inicial para o cumprimento da reprimenda. E, para tanto, não vejo 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**.

E por qual razão se deveria prestigiar a possibilidade de opção judicial pelo regime mais gravoso de cumprimento inicial da pena, em casos de crime de roubo cometido com o emprego de arma de fogo?

Simplesmente porque não se pode ignorar a **trágica realidade de nosso cotidiano**, em que uma absurda e vergonhosa quantidade de vidas se perde em decorrência do emprego de armas de fogo na execução de crimes, nomeadamente o de roubo.

Com efeito, em conformidade com os dados oficiais de conhecimento público (*Mapa da Violência 2013*, disponível em www.juventude.gov.br), **a taxa de mortalidade por arma de fogo no país, de 21,72 óbitos em cada grupo de 100.000 habitantes, nos coloca na 2ª posição no ranking mundial de mortes por armas de fogo**.

As políticas públicas implementadas pelo Estado não geraram os efeitos esperados, se considerarmos que o **crescimento no número de jovens mortos por armas de fogo** no país, entre 1979 e 2003, foi de **416%**, conforme estudo da Unesco.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), cerca de **40.000 pessoas morrem anualmente com o uso de armas de fogo no Brasil**, onde a cada três jovens que morrem um é vítima de arma de fogo.

Nossa realidade social – custa a acreditar – produz mais mortes que a maioria dos conflitos armados documentados pelo mundo em anos recentes. O Relatório sobre o Peso Mundial da Violência Armada, ao **elaborar um quadro de mortes diretas, em um total de 62 conflitos armados no mundo entre 2004 e 2007, constatou que os 12 maiores conflitos vitimaram 169.574 pessoas nos quatro anos computados. No Brasil, país teoricamente sem conflito armado, nos últimos quatro anos disponíveis – 2008 a 2011 – foi documentado o total de 206.005 vítimas de homicídios.**

No "Mapa da Violência 2013, Mortes Matadas por Armas de Fogo", Julio Jacobo WAISELFISZ enfatiza que são vários os fatores que concorrem para a explicação de nossos elevados níveis de mortalidade por armas de fogo, entre eles, a (i) **facilidade de acesso a armas de fogo** (o arsenal de armas de fogo em mãos da população é vasto, estimado em 15,2 milhões - 6,8 registradas e 8,5 não registradas); a (ii) **cultura da violência** do brasileiro (contrariando a visão amplamente difundida, de que a violência homicida do país se encontra imediatamente relacionada às estruturas do crime – especificamente à droga –, diversas evidências parecem apontar para uma alta proporção de assassinatos por motivos fúteis – brigas, ciúmes, conflitos entre vizinhos, desavenças, discussões, violências domésticas, desentendimentos no trânsito, etc –) ; bem como a (iii) **impunidade** (o índice de elucidação dos crimes de homicídio é baixíssimo no Brasil: estima-se que varie entre 5% e 8%, enquanto é de 65% nos Estados Unidos, de 80% na França e de 90% no Reino Unido). ("Mapa da Violência 2013", disponível em www.juventude.gov.br).

Ressalte-se, a propósito, a **maior mortalidade pelo uso de arma de fogo** em relação a outros tipos de armas, conclusão a que chegaram estudos tanto criminológicos quanto médicos.

SILVA, v.g., ao compilar dados de treze Estados brasileiros sobre homicídios nos anos de 1997 e 1998, concluiu que, **enquanto os homicídios praticados com arma de fogo representam 78,31% do total, os com arma branca se resumem a 10,96%** (Silva, J. F.. *Homicídios no Brasil: 1997 – 1998*. Movimento Nacional de Direitos Humanos. 2000. Disponível em <www.dtnet.org.br/mnh/bdados/btxt1.htm>).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Spencer Netto, Pereira da Silva e Sodré Albuquerque relatam que, em pacientes com lesão traumática de aorta, **a incidência das lesões por arma branca representa uma mortalidade menor em comparação com lesões penetrantes de aorta por projétil de arma de fogo.** (SPENCER NETTO, F. A. C.; SILVA, A. P. da; ALBUQUERQUE, M. C. S. *Arma branca retida em aorta abdominal superior*. Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões, Rio de Janeiro, v. 31, n. 5, Sept./Oct. 2004, disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-69912004000500013&script=sci_arttext>).

Diversos outros estudos realizados por inúmeras entidades médicas ratificam essa conclusão (DEMETRIADES, D. *et al. Mortality and prognostic factors in penetrating injuries of the aorta*. Journal of Trauma-Injury Infection & Critical Care, v. 40, n. 5, p. 761-763. May 1996; JOUSI, M. *et al, Management and outcome of traumatic aortic injuries*. Ann Chir Gynaecol, v. 89, n. 2, p. 89-92. 2000; MULLINS, R. J. *et al. Abdominal vascular injuries*. Surg Clin North Am, v. 76. n. 4, p. 813-832. 1996.; MANDAL, A. K.; SANUSI, M.. *Penetrating chest wounds: 24 years experience*. World Journal of Surgery, v. 25, n. 9, p. 1145, 2001).

Essas avaliações – vale observar – não representam nenhuma novidade. O debate sobre controle de armas de fogo se desenrola nos Estados Unidos desde o início do século XX e vários estudos sobre o tema corroboram as conclusões ora sustentadas. Franklin ZIMRING, diretor do Centro de Estudos em Justiça Criminal da Universidade de Chicago e autor do livro *The City That Became Safe: New York's Lessons for Urban Crime and Its Control* (New York: Oxford University Press. 2013. Studies in Crime and Public Policy), ao investigar a queda de 80% da criminalidade, entre 1991 e 2000, na cidade de Nova Iorque, descreve que **a taxa de mortalidade por ataque a faca é de um quinto em relação a taxa de mortes por arma de fogo.**

Diante desse quadro, fácil é concluir o fracasso brasileiro na **evitação e persecução de crimes violentos, cometidos com o auxílio de arma de fogo**, motivo pelo qual os critérios de prevenção geral e especial servem como **critérios constitucionalmente legítimos de política criminal - implementados por meio dos critérios da dogmática penal** -, pois em conformidade com o dever de proteger não só os indivíduos, mas a própria coesão social.

IV.

Decerto que a pena é, por natureza, um ato de afirmação política de uma sociedade organizada, o que, sem embargo, não implica ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arbitrária sua aplicação, sobretudo no Estado Democrático de Direito, cioso, ante a advertência de Montesquieu, de que "toda pena que não derive da necessidade é tirânica".

Nesse modelo, **o Direito Penal não existe apenas para punir, mas para limitar o poder punitivo do Estado**. A Constituição, o ordenamento infraconstitucional, o Poder Judiciário e a própria organização governamental que cuida do sistema prisional, todos, num sistema de freios e contrapesos, atuam no sentido de **aplicar a pena nos limites impostos por esse sistema**.

E justamente o caráter político da pena faz dela um dos principais esteios que legitimam o Estado frente às demandas dos cidadãos, como se vê das inúmeras **manifestações populares que repudiam o sentimento de impunidade** generalizada. Bem por isso, "a legitimidade do Poder Judiciário não é de tipo representativo ou consensual – adverte Luigi FERRAJOLI –, mas de tipo racional e legal. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*. Não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou o interesse da maioria" (*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 437).

Daí por que, sob outra angulação, não mais se concebe a pena como uma vingança pública. Em verdade, "a história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança"; é dizer, "historicamente, o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas sim como negação da vingança" (FERRAJOLI, L.*idem*, p. 269).

Assim, ainda que, como já dito, tenha a pena uma teleologia voltada à evitação de novos crimes, **não se lhe pode suprimir o caráter de retribuição, expiação ou compensação do mal causado pelo crime**, a "justa paga do mal que com o crime se realizou, [...] o justo equivalente do dano do fato e da culpa do agente", **a exigir alguma medida de proporcionalidade** (FIGUEIREDO DIAS, J. de. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: RT, 2007. t. 1. p. 43-45).

E, ressalte-se, **o caráter retributivo das pena tem pedigree humanista**, visto que foi desenvolvido como conseqüência de uma **teoria limitadora do ius punienti** estatal, quando se desenvolvia a ideia de um direito penal adequado ao Estado de Direito. É bem conhecida a afirmação de Kant, em *A Metafísica dos Costumes*, de que a retribuição é um imperativo categórico, responsável pela ideia de justiça a legitimar o próprio Estado (KANT, I. Lisboa: Editora Calouste Gulbenkian, 2004, p. 455).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, ao conjugar a ideia de pena como ato político com a necessidade de, legitimamente, tutelar a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo, forçoso concluir que **qualquer omissão do Estado em aplicar uma pena minimamente proporcional, dentro de limites previamente previstos, consubstancia inegável omissão estatal a caracterizar proteção deficiente de direitos fundamentais, objetivamente considerados.**

A esse respeito observa Luciano FELDENS que os deveres de proteção do Estado, a partir de sua origem nas concepções contratualistas de sociedade política, evoluíram para uma forma adequada à dogmática dos direitos fundamentais, que lhe servem de fundamento. Esses deveres de proteção se irradiam em todo o sistema penal (tipificação de novos crimes, prescrição de penas, sistema de garantias processuais, efetividade do sistema prisional, etc.), com o intuito de **garantir uma tutela judicial integralmente adequada à moderna concepção dos direitos fundamentais:**

*[...] a interpretação dos princípios e garantias deve-se realizar na integralidade da relação jurídica envolvida pelo Direito Penal, abrangendo o plano processual. O direito à tutela judicial efetiva, por exemplo, pressupõe que a atividade jurisdicional inclua, em seu norte de atuação, o direito do titular do direito fundamental lesado de ver a causa pena julgada em tempo razoável e de que, **na hipótese de decisão condenatória, seja a sanção efetivamente implementada.** (FELDENS, L.. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 77). Destaquei.*

No mesmo sentido, Luís Gustavo Grandinetti CASTANHO DE CARVALHO afirma que é função do sistema penal a proteção dos direitos fundamentais também dos "*não desviantes*", naqueles casos incontestes em que a liberdade do réu coloca em risco os direitos fundamentais da vítima ou de outros membros da sociedade. (Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública, *in* CASTRO MENDES, A. G. de. *Acesso à Justiça & Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 254).

Após ressaltar a outorga, em favor do acusado, de uma **ampla gama de garantias penais e processuais – conquistas da civilização, direitos inalienáveis e irrenunciáveis**, previstas tanto no direito internacional quanto no ordenamento interno –, e frisar a importância do sistema penal como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*instrumento de contenção*" do Estado, Lenio STRECK afirma que não se tem levado em conta o "*outro lado dos direitos fundamentais*": o sistema penal visto como um **instrumento estatal de proteção dos direitos fundamentais da vítima e da sociedade**, agredidos por comportamentos provenientes de atos delituosos (*O dever de proteção do Estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?"* Disponível em: <<http://www.jeni0streckjc0m.br>>. Acesso em 23.3.2014).

Sob essa preocupação, não passa despercebida a segmentos da doutrina e da jurisprudência a necessidade de densificar a norma penal incriminadora – no **espaço de interpretação franqueado ao prudente arbítrio judicial** –, de tal sorte que se atenda à teleologia do poder sancionador estatal, mediante resposta punitiva proporcional à gravidade do comportamento reprovado.

O dever de proteção tem como destinatário não apenas o legislador, mas também o administrador e o Poder Judiciário. Assim, "*viola o dever de proteção não apenas o legislador omissor, mas também o juiz que dá à legislação interpretação que não assegure a proteção, como aquela que leva a um completo esvaziamento ou impossibilidade de aplicação de normas penais ou processuais penais...*" (BALTAZAR JUNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 64).

Daí por que não é de eliminar-se a hipótese de que, "*em casos excepcionais, o juiz, com fundamentação apropriada, possa estabelecer o regime fechado para condenado com pena inferior a oito anos*", haja vista que "**o princípio que rege a individualização do regime também é o da necessidade e suficiência**" (PAGANELLA BOSCHI, J. A. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 279, n. 9).

Nesse sentido, **e também por variadas razões oriundas de uma mesma noção de dever de proteção**, a jurisprudência tem oferecido julgados com tais preocupações. Nesta Corte de Precedentes colaciono os seguintes arestos, com meus destaques, da relatoria do Ministro Marco Bellizze:

[...] *Em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade. Se a locução "emprego de arma" - causa especial de majoração da pena no crime de roubo -, abrange tanto as armas impróprias (faca, chave de fenda, pedaço de pau, de vidro, emprego de animais, por exemplo), cujo porte não é proibido, quando as armas de fogo - conduta que constitui crime autônomo e grave -, nada mais razoável e lógico do que a censura penal incidente sobre roubos com armas impróprias e próprias tenha tratamento distinto, se não na quantidade de pena, pelo menos na qualidade da resposta penal. **Portanto, se durante a fixação da pena a fração de exasperação é a mesma para o roubo praticado com arma branca e para o cometido com emprego de arma de fogo - aspecto quantitativo -, justamente no estabelecimento do regime prisional é que a diferenciação entre ambas as condutas deverá ser feita - aspecto qualitativo.** (HC 274149/SP, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5T., DJe 3.9.2013)*

*[...] Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor na resposta penal, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo e do concurso de pessoas, circunstâncias que evidenciam a acentuada periculosidade dos pacientes. Em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, **não deve ser tratado de modo idêntico o agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade.** (HC 258075/SP, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5T., DJe 1.2.2013; no mesmo sentido, AgRg no REsp 1288935/AL, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5T., DJe 28.5.2013).*

E, no tocante à possibilidade de fixação de regime mais gravoso ao sentenciado a quem se fixou a sanção mínima correspondente ao tipo penal em que incorreu, **tanto a Quinta Turma quanto a Sexta Turma do STJ** são férteis de julgados. Confira-se, exemplificativamente, os que seguem:

[...] Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos, encontra-se motivada a sujeição ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. [...] (HC 258.082/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6T., DJe 18.3.2013)

[...] 2. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. **Na espécie, o Tribunal de origem salienta particularidade fática (perpetrados pelo concurso de pelo menos três agentes, dentre eles menores, em ação típica dos chamados arrastões), que revela um plus de reprovabilidade na conduta do paciente, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.** (HC 252068/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6T., DJe 31.3.2014)

HABEAS CORPUS. ROUBO (TENTATIVA). PENA QUE NÃO ALCANÇA QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. ESTABELECIMENTO DE REGIME FECHADO PARA O INÍCIO DA EXPIAÇÃO. EXISTÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A fixação da pena-base no patamar mínimo não impede o estabelecimento de regime prisional mais gravoso, desde que haja efetiva fundamentação da necessidade da medida.

2. No caso, foi reconhecida, na espécie, a agravante da reincidência, o que, num primeiro momento, autorizaria o estabelecimento do regime prisional semiaberto, a teor do que preceitua a Súmula 269/STJ.

3. **No entanto, o Magistrado singular também apontou a existência de 'inúmeros antecedentes criminais'" e a especial gravidade (concreta) do delito.**

4. De se ver que o ora paciente havia jogado querosene na vítima e só não conseguiu atear fogo nela, porque foi impedida por um transeunte. Tais circunstâncias denotam maior juízo de reprovação e autorizam o estabelecimento do regime prisional mais gravoso.

5. Assim, muito embora a sanção corporal não alcance 4 (quatro) anos, havia elementos concretos a justificar a opção pelo regime prisional fechado para o início da expiação.

6. Ordem denegada. (HC 219.335/SP, Rel. Ministro **Og Fernandes**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6T., DJe 14.11.2011)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. [...] REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. MODO SEMIABERTO. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Quanto à fixação do modo inicial de resgate da pena, constata-se que este foi exasperado com base em elementos concretos do delito, tendo em vista que foi efetuado um disparo com a arma de fogo, mostrando-se razoável a manutenção do regime inicial fechado para o resgate da reprimenda imposta ao paciente, já que o roubo se revestiu de particularidades que indicam sua maior gravidade.

2. Ordem denegada. (HC 141.874/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5T., DJe 9.8.2010)

[...] 1. **Apesar da aplicação da pena no mínimo legal e da primariedade do agravante, a fixação do regime mais severo teve fundamentação idônea, extraída de elementos concretos da prática delitiva, em que houve ameaças às vítimas, por meio da utilização direta de arma de fogo.**

2. **Inexiste ilegalidade na imposição do regime fechado, tampouco desrespeito ao comando das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.**

3. **A estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelado, em caráter absoluto, à pena-base.** O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda. [...] (AgRg no AREsp 169.855/SP, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6T., DJe 29.5.2013)

[...] A escolha do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada ao condenado. É de rigor a consideração das demais circunstâncias do caso concreto, para a escolha do regime mais adequado à repressão e prevenção do delito.

- O Tribunal a quo entendeu que o crime foi perpetrado com ousadia e periculosidade acentuada - roubo de grande quantidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*de ouro, avaliado em R\$ 250.000,00, com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes -, de forma que, diante das peculiaridades do caso concreto, estava justificada a fixação do regime inicial mais gravoso [...]. (HC 225.791/SP, Rel. Ministra **Marilza Maynard** (Desembargadora Convocada do TJ/SE), 5T., DJe 10.5.2013)*

Vale aludir, ainda, a recente julgado do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que Sua Excelência, admitindo parâmetros outros que não os indicados, aparentemente de modo rígido, no art. 33 do Código Penal, chancelou a imposição de regime fechado para réu não reincidente, condenado a pena inferior a 8 anos de reclusão, com pena-base fixada no mínimo legal:

[...]

*Com efeito, entendo que o art. 33, § 2º, do Código Penal é claro ao dispor que **constitui faculdade, e não obrigação, sujeita ao prudente arbítrio do magistrado, fixar um regime mais brando para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade**, sopesadas as peculiaridades de cada caso.*

Além disso, o art. 33, § 3º, do mesmo diploma, determina ao juiz sentenciante que, assim como no procedimento de fixação da pena, observe os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal no momento da definição do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

No presente caso, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena está em conformidade com a Súmula 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, tal como ocorreu.

[...]

*Ora, da análise do trecho acima transcrito, verifica-se que o Tribunal bandeirante optou pela fixação do regime inicial fechado em razão da gravidade concreta das circunstâncias que envolveram o delito, bem como da periculosidade revelada por essa prática. Tais fundamentos, a meu juízo, autorizam a imposição do regime prisional mais gravoso. (RHC 118194, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, 2T., unânime, DJe 3.2.2014)*

Releva observar que tal julgado teve origem em *habeas corpus* denegado, à unanimidade, pela 6. Turma do STJ, relatado pela Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), e **cuidava de hipótese ineludivelmente menos grave**, pois dizia respeito a um roubo "agravado pelo concurso de quatro agentes, mediante **simulação de posse de arma de fogo**" (HC 252256/SP, j. 9.4.2013, Dje 22.4.2013), tendo sido esta a única referência ao caso concreto para se aceitar a imposição do regime fechado, tanto no STJ quanto no STF, sem que se vislumbrasse qualquer ofensa à Súmula 440/STJ ou à Súmula 719/STF.

À vista de todas essas considerações, **não conheço** do *habeas corpus* e, examinando seu conteúdo, **não identifico constrangimento ilegal** que pudesse me levar a, *ex officio*, conceder a ordem postulada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.557 - RJ (2013/0406291-8)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JHONATAN FILIPE CORREIA DOS SANTOS
PACIENTE : GILMAR DOS SANTOS SILVA

VOTO-VENCEDOR

MINISTRO NEFI CORDEIRO: Sr. Presidente, com a vênia do Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, vou manter a jurisprudência desta Turma, e parece-me desta Corte e do Supremo, na compreensão de que o regime da pena deve ser fixado como resposta criminal ao caso julgado. Ao se admitir que a imputação era de roubo armado, não se pode, por tal imputação, fazer a fixação no regime mais gravoso do que aquele previsto para a pena fixada.

Na espécie, inclusive, o paciente teve a pena-base fixada no mínimo legal para o roubo armado, pelo que não vejo justificativa concreta para o caso de regime mais gravoso.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos extraídos do acórdão impugnado, *in verbis*:

"De fato, o Juízo monocrático fixou corretamente a pena-base no patamar mínimo legal, por entender que não havia circunstâncias judiciais há sopesar na primeira fase, sobretudo por considerar os Réus tecnicamente primários e sem outros antecedentes, ex vi das FACs de fls. 68/72 (esclarecida às fls. 73) e 74/78 (esclarecida às fls. 79).

Inexistindo circunstâncias legais há considerar, ingressou o julgador na terceira fase do processo dosimétrico, onde achou por bem recrudescer a pena em 1/3, por força da presença de duas causas de aumento (emprego de arma e concurso de pessoas – incs. I e II, do § 2º, do art. 157 do CP), alcançando, assim, as sanções finais de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa.

À luz da firme jurisprudência do STJ, é sabido que a presença de duas ou mais majorantes no roubo, por si só, não constitui causa obrigatória de aumento além da fração de 1/3, salvo se houver motivação concreta específica para o recrudesimento maior (Súmula 443 do STJ).

No caso presente, entendo que essa autorização de aumento se faria sentir a partir da constatação de que o roubo fora praticado não com uma simples arma branca ou outro artefato (próprio ou não – RT 745/597; RT 755/648) de menor lesividade instrumental, mas com o emprego ostensivo de arma de fogo, em via pública, por dois elementos dispostos a matar ou morrer, circunstância concreta da infração que a erige como digna de maior censura penal, considerando a elevada exposição a perigo ensejada para as Vítimas, tangenciando a vulneração do maior bem jurídico tutelado pelo Sistema (TJERJ, Rel. Des. Marcus Basílio, ApCrim 1775/04, 3ª CCrim., julg. em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

14.12.04). [...]

Nessa perspectiva, a sentença até mereceria reparo, a partir do instante em que, justificada a majoração, não se aplicou a fração de 3/8 diante da incidência conjunta das majorantes imputadas, até porque tal referência de aumento expressa justamente a opção de menor coeficiente restritivo (TJERJ, Rel. Des. Gilmar Teixeira, 8ª CCrim, ApCrim 382936- 21/2011, julg. em 13.12.2012), dentre outras, mais gravosas, igualmente sufragadas pela jurisprudência (TJERJ, Rel. Des. Gizelda Teixeira, 4ª CCrim, ApCrim 267603-89/09, julg. em 11.12.2012; STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., HC 28569/SP, julg. em 24.05.2004). [...]

Entretanto, como não houve apelo ministerial e diante da impossibilidade de superação do quantum final da apenação (non reformatio in pejus), deve ser mantida a sanção imposta no primeiro grau.

De resto, quanto ao pedido defensivo que busca o abrandamento do regime prisional, entendo que o mesmo não se mostra cabível.

Como se sabe, o regime prisional é fixado segundo as regras do art. 33 do Código Penal, sob o influxo do Princípio da Proporcionalidade e subsidiado pela exata medida retributiva necessária à prevenção e repressão do injusto (STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., HC 243239/MS, julg. em 20.11.2012).

Na espécie dos autos, atento mais uma vez a característica de o roubo ter sido praticado com emprego ostensivo de arma de fogo, circunstância que tende a concretamente revelar um perfil criminoso de acentuada ousadia e destemor, a justificar tratamento de maior severidade, esta Corte firmou orientação pelo estabelecimento do regime prisional inicial fechado (CP, § 3º do art. 33), único a revelar-se compatível e suficientemente proporcional ao risco produzido (TJERJ, Rel. Des. Gizelda Leitão, 4ª CCrim, ApCrim 27.11.2012, julg. em 27.11.2012; TJERJ, Rel. Des. Suimei Cavalieri, 3ª CCrim, ApCrim 287399- 95/2011, julg. em 13.11.2012; TJERJ, Rel. Sueli Magalhães, 8ª CCrim, ApCrim 21080-95/2012, julg. em 31.10.2012; TJERJ, Rel. Des. Marcus Basilio, 1ª CCrim, ApCrim 2240674-51/2011, julg. em 04.12.2012; TJERJ, Rel. Des. Sandra Kayat, 4ª CCrim, ApCrim 2805-30/2011, julg. em 04.12.2012)" (fls. 33/38e).

Nesse contexto, tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, porque favoráveis as circunstâncias judiciais, não pode ser-lhe fixado regime inicial mais gravoso, com base, exclusivamente, na gravidade abstrata da conduta delituosa, consoante o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

"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/STF: "A opinião do julgador sobre a gravidade em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

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

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 33, § 3º, DO CP. OCORRÊNCIA. PENA INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DIREITO A REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não é possível a imposição de regime mais severo que o fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea.

Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp 1395041/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 14/04/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão que concede ordem de habeas corpus para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, por considerar desfundamentada a imposição do regime inicial fechado apenas com base na gravidade abstrata do crime.

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 289.335/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 07/04/2014).

Ante o exposto, voto por não conhecer do writ. Concedo, porém, a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto como inicial para o cumprimento da pena reclusiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.557 - RJ (2013/0406291-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Srs. Ministros, também peço vênica para acompanhar a divergência.

Não conheço do pedido de *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem **de ofício**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0406291-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 284.557 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00061103420128190052 00738913320068190004 0286012026 26012 61103420128190052

EM MESA

JULGADO: 08/05/2014

Relator

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

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: JHONATAN FILIPE CORREIA DOS SANTOS
PACIENTE	: GILMAR DOS SANTOS SILVA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **THAIS DOS SANTOS LIMA** - DEFENSORA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelas partes PACIENTES: **JHONATAN FILIPE CORREIA DOS SANTOS** e **GILMAR DOS SANTOS SILVA**

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 do pedido de habeas corpus, expedindo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que lavrará o acórdão, vencidos, neste ponto, o Sr. Ministro Relator e a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior quanto ao não conhecimento do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Votaram com o Sr. Ministro Nefi Cordeiro os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior quanto à concessão da ordem de ofício.