



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.060 - SP (2015/0140111-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON SOARES ALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 lhe coarctar 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.

2. A sentença – no que foi corroborada pela Corte local – não apresentou nenhuma fundamentação para embasar o regime inicial de cumprimento da pena. Muito embora tenham sido destacados o emprego de arma de fogo e o concurso de agentes, não foi apontado elemento concreto dos autos (como o *modus operandi* ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. Ressalva do relator.

3. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação aos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.060 - SP (2015/0140111-5)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANDERSON SOARES ALVES

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ANDERSON SOARES ALVES, paciente neste habeas corpus substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação Criminal n. 0000031-22.2014.8.26.0554.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II, c/c o art. 71, todos do Código Penal. A decisão foi hostilizada mediante a interposição de recurso de apelação criminal, ao qual a Corte de origem deu parcial provimento para reduzir a pena imposta para 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado.

Nesta Corte, a impetrante a ocorrência de constrangimento legal, ao argumento de que, diante do *quantum* de pena e da primariedade do paciente, deve ser estabelecido o regime inicial aberto.

Requer, liminarmente e no mérito, o estabelecimento do regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda estipulada pelo Tribunal *a quo*.

Indeferida a liminar (fls. 45-46) e prestadas as informações (fls. 60-69), veio parecer do Ministério Público Federal, às fls. 129-132, que opinou pela **concessão** da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.060 - SP (2015/0140111-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 lhe coarctar 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.

2. A sentença – no que foi corroborada pela Corte local – não apresentou nenhuma fundamentação para embasar o regime inicial de cumprimento da pena. Muito embora tenham sido destacados o emprego de arma de fogo e o concurso de agentes, não foi apontado elemento concreto dos autos (como o *modus operandi* ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. Ressalva do relator.

3. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação aos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

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

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II, c/c o art. 71, todos do Código Penal. A decisão foi hostilizada mediante a interposição de recurso de apelação criminal, ao qual a Corte de origem deu parcial provimento para reduzir a pena imposta para 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado.

O Juiz de primeiro grau assim fundamentou a imposição do regime inicialmente **fechado**:

[...]

Na primeira fase, fixo a pena mínima para ambos os acusados, já que os critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal são favoráveis a eles, eis que não há nos autos notícia de qualquer procedimento criminal instaurado contra os mesmos que tenha resultado em condenação.

Na segunda fase de fixação, a pena se mantém inalterada, apesar da menoridade, para que não seja desrespeitado o limite mínimo imposto em abstrato.

Por fim, pela presença de duas causas de aumento, exaspero a pena em 3/8 para ambos, o que resulta em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa para ambos. Diante da tentativa, mas considerando que a ameaça se consumou, reduzo a pena em metade, que resulta em DOIS ANOS E NOVE MESES DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE SEIS DIAS MULTA para MATHEUS.

Quanto ao acusado ANDERSON, considerando que foram dois delitos praticados em continuidade, há que ser aplicada apenas a pena do crime mais grave (com duas causas de aumento de pena), acrescida em um sexto, o que resulta em TRÊS ANOS, DOIS MESES E QUINZE DIAS DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE SETE DIAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MULTA.

[...]

Considerando o montante da pena, o emprego de arma de fogo, o conluio dos acusados, e a periculosidade dos réus, que banalizam a liberdade alheia, fixo o regime FECHADO para início de cumprimento da reprimenda pelos mesmos. Observo que, não há que se falar em substituição, recurso em liberdade ou início de cumprimento de pena em regime diverso do fechado diante das circunstâncias que ocorreram os crimes (fls. 27-28, destaquei).

A Corte estadual manteve o regime fechado nos seguintes termos:

[...]

A imposição do regime prisional fechado, pese o inconformismo manifestado, deve restar mantido, porquanto esta Colenda Câmara tem proclamado, vezes sem conta, que em caso como o dos autos, o regime mais gravoso é o único compatível tendo em mira tratar-se de crimes extremamente graves a evidenciar a ousadia e periculosidade dos réus, mormente na hipótese dos autos que, **mediante o emprego de arma de fogo e em comparsaria (primeiro delito) e o emprego de arma de fogo (segundo delito) reduziram sobremaneira a possibilidade de resistência das vítimas para se verem despojadas de seus bens.**

E não é só.

A determinação do regime inicial de cumprimento de pena não depende apenas das regras do "caput" do artigo 33 e seu § 2º do Código Penal, mas também de suas próprias ressalvas conjugadas com o "caput" do artigo 59 e inciso III do Código Penal. E deve ser feita nos moldes do §3º do supracitado artigo 33, com observância dos critérios previstos no também citado artigo 59 do CP.

Nesse passo, não se vislumbra qualquer ofensa às disposições contidas nas Súmulas 718 e 719 do Excelso Pretório (fls. 35-36).

II. Regime de pena – motivação inidônea

Quanto à almejada modificação do regime inicial do paciente para o aberto, 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.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Diante da fundamentação adotada pelas instâncias ordinárias, verifico o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente, pois, embora a pena-base haja sido fixada no mínimo legal, o acusado seja primário e a reprimenda tenha sido estabelecida em 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, o regime inicial fixado foi o fechado.

II. 1. Maior potencialidade da arma de fogo

Acerca da **maior potencialidade lesiva do crime de roubo praticado com arma de fogo**, reporto-me ao que expressei em inúmeros votos, a partir do assentado no **HC 284.557/RJ**, **em que remanesco vencido**, e no **HC 278.175/SP**, em que, com **ressalvas pessoais**, a 6ª Turma não conheceu do *writ*.

Nessas ocasiões destaquei, com farto auxílio de doutrina e jurisprudência – que dispenso de aqui reproduzir – ser possível extrair-se a conclusão de que condutas consideradas, tanto pelo Direito Penal, quanto pelo senso comum, como mais danosas à convivência humana, qual a de um **roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo – mormente em casos, como o presente, em que se agregam duas outras majorantes à conduta –** hão de receber uma resposta penal **que não se iguale a outras de gravidade notoriamente menor**.

Enfatizei não se poder ignorar a **trágica realidade de nosso cotidiano**, em que uma 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**.

Nossa realidade social – custa a acreditar – produz mais mortes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.**

Também destaquei, em referidos votos, que a arma de fogo possui muito maior letalidade se comparada a outros tipos de armas, conclusão a que chegaram estudos tanto criminológicos quanto médicos citados.

Logo, tendo como certo que a imposição de sanção criminal pena decorre da 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.**

Assim, dado o **dever de proteção penal eficiente, que tem como destinatário não apenas o legislador, mas também o administrador e o Poder Judiciário**, 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).

Válido, portanto, concluir - na esteira de julgados desta Corte, que, no processo de individualização da pena, ***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.***

Quem, dessarte, se utiliza de uma **arma de fogo** para cometer um roubo **incrementa sobremodo o risco de morte para a vítima do assalto** e, portanto, esse comportamento tão potencialmente letal justifica quer um percentual maior de aumento da pena - em razão da majorante em apreço - quer a escolha do regime inicial fechado de cumprimento da pena, à vista de suas finalidades, **sempre, é claro, ressalvada a avaliação particular do caso.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desafortunadamente, a banalização desse mal – emprego de revólveres e pistolas no cotidiano da violência urbana e rural no Brasil – tem obviado a opção judicial pelo agravamento maior da pena ou pelo regime mais rigoroso, ao argumento de que se cuidaria de mera reprodução do tipo penal ou de fundamentação abstrata, desconsiderando a evidência de que uma arma de fogo em um roubo (e não apenas outra arma qualquer, como faca, um canivete, um pedaço de madeira etc) singulariza tal ilicitude penal como mais reprovável.

II.2. Posicionamento dominante

Entretanto, **nos termos do pensamento deste colegiado**, dos trechos anteriormente transcritos, verifico que o Tribunal de Justiça local entendeu devida a fixação do regime fechado tão somente com base na gravidade abstrata do delito.

Ainda que o Tribunal tenha aludido ao fato de o crime haver sido perpetrado com emprego de arma de fogo, não tem sido tal justificativa – na compreensão majoritária da Sexta Turma – suficiente para exasperar a pena.

Ilustrativamente, o recente julgado desta Turma:

[...]

4. 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.

5. O Tribunal local entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na "personalidade desajustada", na gravidade genérica do delito cometido e na "intranquilidade gerada no meio social", sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o modus operandi, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

6. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal o aumento efetuado na terceira etapa da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria, com a readequação da pena final, e fixar o regime semiaberto.

(HC n. 263.105/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 2/6/2015)

No caso, a sentença – no que foi corroborada pela Corte local – **embora destacando o emprego de arma de fogo e o concurso de agentes, não indicou elemento concreto dos autos (como o *modus operandi* ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais) para a fixação do regime inicial intermediário**, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Em verdade, **a simples gravidade abstrata do delito cometido não constitui, por si só, fundamentação idônea para a imposição de regime prisional mais gravoso** do que o permitido em razão da sanção aplicada.

Esse, aliás, é o entendimento consolidado nas Súmulas n.º 440 do STJ e 718 e 719 do STF, respectivamente:

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.

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado desta Corte de Justiça:

[...]

6. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele 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. [...] (HC n. 162.221/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 29/4/2013)

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Não obstante o quantum de pena tenha sido fixado em 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, o paciente seja primário e ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, foi determinado o regime inicial semiaberto, com fundamento na gravidade abstrata do delito, o que configura coação ilegal nos termos das Súmulas n. 440 do STJ, n.s 718 e 719 do STF.

[...]

3. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena.

(HC n. 294.107/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 9/10/2014)

Dessa forma, é forçoso concluir que, ante a ausência de fundamentação suficiente, deve o paciente cumprir a pena em regime inicial mais brando.

III. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço** do habeas corpus, mas, ao examinar seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a conceder, de ofício, a ordem postulada, para fixar o regime **aberto** ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0140111-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 327.060 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000312220148260554 052014 2015000166271 312220148260554

EM MESA

JULGADO: 20/08/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANDERSON SOARES ALVES
CORRÉU	: MATHEUS NEVES NOGUEIRA

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 do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.