



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.399 - SP (2015/0161895-7)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : LUIS ANTONIO GIL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : LUÍS ANTÔNIO GIL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DOS SANTOS SOUSA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. O Tribunal *a quo* entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena tão somente pela gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado. Muito embora tenham sido destacados o emprego de arma de fogo e o concurso de agentes, não apontou qualquer elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, 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 dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto, confirmando-se os efeitos da liminar anteriormente deferida.

ACÓRDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de setembro de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.399 - SP (2015/0161895-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : LUIS ANTONIO GIL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)

ADVOGADO : LUÍS ANTÔNIO GIL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RAFAEL DOS SANTOS SOUSA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

RAFAEL DOS SANTOS SOUSA, paciente neste habeas corpus substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de decisão proferida por desembargador do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que deu provimento à Apelação Criminal n. 0234478-07.2010.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi absolvido, em primeiro grau, da prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Todavia, o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público estadual e condenou o paciente pela prática do crime supracitado, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Nesta Corte, o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que é inadequada a fundamentação utilizada pela Corte de origem para estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena. Afirma que o regime inicial fechado foi imposto com base na gravidade abstrata do delito, a despeito de haverem sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais.

Requer, liminarmente e no mérito, que seja estabelecido o regime inicial semiaberto para o início da execução da pena privativa de liberdade.

Concedida a medida liminar, foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que pugnou pela concessão, *ex officio*, da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.399 - SP (2015/0161895-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. O Tribunal *a quo* entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena tão somente pela gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado. Muito embora tenham sido destacados o emprego de arma de fogo e o concurso de agentes, não apontou qualquer elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, 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 dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto, confirmando-se os efeitos da liminar anteriormente deferida.

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 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.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade**, que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

Verifica-se que o paciente foi absolvido pelo Juízo de primeira instância da prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Entretanto, o Tribunal *a quo*, em face do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público estadual, deu provimento ao apelo e condenou o paciente pela prática do crime acima descrito, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa, em regime inicial fechado.

Nesta Corte, o impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que é inadequada a fundamentação utilizada pela Corte de origem para estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena. Afirma que o regime inicial fechado foi imposto com base na gravidade abstrata do delito, a despeito de terem sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais.

Com efeito, quanto à almejada modificação do regime inicial para o semiaberto, 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 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).

Sobre o tema, acho necessário abrir parêntese.

Com efeito, a escolha do regime prisional deve refletir, também, a necessidade e a suficiência da pena à reprovação e à prevenção do crime. No delito de roubo, majorado pelo uso de arma, ressalvo o meu entendimento, embora não predominante na Sexta Turma, conforme explicitiei no **HC n. 278.175/SP**.

Apesar de a situação fática ser diversa da retratada nestes autos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insta registrar que o roubo cometido com o emprego de um **canivete ou uma faca** (arma branca) não possui o mesmo grau potencial de lesividade à integridade física da vítima, quando comparado com o 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 que pese a exasperação ser a mesma para o roubo praticado com arma branca ou de fogo, a resposta penal, na fixação do regime, não deve ser a mesma, porquanto o risco concreto de a vítima ser gravemente ferida, ou morta, pelo simples acionamento do gatilho, é maior quando empregada arma de fogo na conduta delitiva, o que, em minha concepção, permite o recrudescimento do regime prisional, conforme as características do *modus operandi*, tendo como norte os critérios positivados no art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, a despeito da quantidade da pena.

Contudo, o posicionamento atual da Sexta Turma é de que "a ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado pelo emprego de arma de fogo (arma de grosso calibre, disparo da arma, etc.) nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação aos enunciados das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF" (**HC n. 142.083/SP**).

Fecho o parêntese.

Depreende-se dos autos que a pena-base do sentenciado foi fixada no patamar mínimo legal, em razão da avaliação favorável das circunstâncias judiciais, *in verbis*:

A pena-base é fixada no mínimo legal, ante as circunstâncias judiciais favoráveis. Não há circunstâncias agravantes a serem consideradas (Anoto que a atenuante da menoridade relativa do apelado não tem o condão de reduzir a pena-base aquém do mínimo legal Súmula 231 do STJ).

A seguir, a pena é majorada em 3/8 (três oitavos), pelas duas qualificadoras (percentual adotado por esta Câmara e tido pela jurisprudência como o mais adequado para a hipótese), totalizando 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa (fl. 16, destaquei).

No entanto, foi estabelecido o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, pelos seguintes motivos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, *in casu*, **impõe-se a fixação do regime inicial fechado, que se mostra mais adequado à espécie, dada a natureza do crime praticado** e também por entender-se que a concessão de regime mais brando, em casos como o dos autos, equivaleria a uma autêntica impunidade e a um incentivo injustificável para a prática de outras infrações.

Com efeito, **trata-se de crime de roubo duplamente qualificado, pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo**, delito grave que cada vez mais vem atormentando a sociedade em geral e desvela a periculosidade de seus agentes, pois demonstra desvio de personalidade, indicando a impossibilidade, por ora, de o apelado retornar ao convívio social, o que desautoriza a concessão de regime mais benéfico (fls. 16-17, destaquei).

O STJ entende que "faz *jus* o paciente ao regime semiaberto, na medida em que se trata de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva de reclusão superior a 04 e inferior a 08 anos de reclusão" (**HC n. 216.266/SP**, Rel. Ministra **Assusete Magalhães**, 6ª T., DJe 30/10/2012).

Pelos trechos anteriormente transcritos, **verifico estar presente o alegado constrangimento ilegal**, pois, embora a pena-base haja sido fixada no mínimo legal, o *quantum* de pena tenha se definido em 5 anos e 6 meses de reclusão e seja o paciente primário, o regime inicial fixado foi o fechado.

No caso, **o Tribunal a quo** entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena tão somente pela gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado. **Não apontou, no entanto, nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva da arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso**, 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, 718 do STF e 719 do STF, respectivamente:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

[...]

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**, 6ªT., DJe 29/4/2013).

[...]

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 [...] (**HC**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 327.060/SP, de **minha relatoria**, ainda não publicado).

Dessa forma, pode-se concluir que a simples menção das causas de aumento do emprego de arma e do concurso de pessoas, elementos ínsitos ao delito de roubo circunstanciado, não constituem fundamentação idônea para permitir a imposição de regime inicial mais gravoso que o decorrente do *quantum* de pena fixado, mormente quando avaliadas favoravelmente as circunstâncias judiciais.

Portanto, ante a ausência de fundamentação suficiente, deve o paciente cumprir a pena em regime inicial mais brando.

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 estabelecer o regime **semiaberto** para o início do cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0161895-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 329.399 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02344780720108260000 20120000673004 2344780720108260000

EM MESA

JULGADO: 17/09/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIS ANTONIO GIL (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : LUÍS ANTÔNIO GIL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DOS SANTOS SOUSA

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.