



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.270 - SP (2014/0080345-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATAS DE SOUZA OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. WRIT. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

2. No caso dos autos, o juiz sentenciante, utilizando o critério quantitativo, asseverou que, na terceira fase, a ocorrência de duas qualificadoras importaria aumento de $\frac{2}{5}$ sobre as penas. A Corte *a quo*, por ocasião do julgamento da apelação da defesa, conquanto haja reduzido a fração pela incidência das majorantes – para $\frac{3}{8}$ –, manteve o critério matemático, exasperando a reprimenda com base, apenas, na presença de duas causas de aumento.

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

4. O magistrado de primeiro grau, ao fazer a opção pelo regime fechado, fez observar que o crime foi praticado com emprego de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arma de fogo e concurso de agentes, além de conjecturar acerca da gravidade abstrata do delito, que "é causa de grande intranquilidade social no meio urbano", e a consequente necessidade de que o paciente seja encarcerado no regime mais gravoso.

5. Incabível o agravamento do regime com base no mero apontamento das causas de aumento de pena, dada a avaliação judicial que se impõe – fundada na individualização concreta da pena, tendo como norte os critérios positivados no art. 33, § 3º, c/c art. 59, ambos do CP – para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

6. O Tribunal *a quo*, por sua vez, entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica e nos elementos inerentes ao tipo do delito cometido. Não obstante haja particularizado o fato de o paciente, assim como o adolescente que o acompanhava, conhecer a vítima do bairro, entendendo não haver apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse periculosidade acentuada do agente ou real necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em **5 anos e 4 meses** de reclusão, além de 13 dias-multa, e fixar o **regime inicial semiaberto**.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, 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, 06 de novembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.270 - SP (2014/0080345-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JONATAS DE SOUZA OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JONATAS DE SOUZA OLIVEIRA, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo constrangimento ilegal no seu direito à locomoção, em face de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que deu parcial provimento à apelação n. 0095573-32.2011.8.26.0050, para reduzir a pena imposta em 1º grau.

Informa a impetração que o paciente foi condenado, pela prática da conduta descrita no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, reprimenda reduzida em 2º grau para 5 anos e 6 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

Sustenta que houve violação à Súmula n. 443 do STJ, uma vez que o aumento acima da proporção de 1/3 "só pode ser admitida quando cabalmente demonstradas a maior gravidade, bem como a maior temibilidade do delito, decorrentes dos meios empregados" (fl. 3), o que, segundo assevera, não ocorreu na espécie.

Pugna, igualmente, pela cominação do regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda, sob pena de ofensa à Súmula n. 440 do STJ.

Pleiteia, assim, ante a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a concessão do pedido de urgência, porquanto "a manutenção da decisão impugnada implicará na manutenção (sic) do paciente em regime mais severo do que aquele ao qual faz jus." (fl. 8).

A liminar foi indeferida (fls. 33-34) e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, mas pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão da ordem de ofício para alterar o percentual de majoração da pena (fls. 44-53).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.270 - SP (2014/0080345-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. WRIT. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

2. No caso dos autos, o juiz sentenciante, utilizando o critério quantitativo, asseverou que, na terceira fase, a ocorrência de duas qualificadoras importaria aumento de $2/5$ sobre as penas. A Corte *a quo*, por ocasião do julgamento da apelação da defesa, conquanto haja reduzido a fração pela incidência das majorantes – para $3/8$ –, manteve o critério matemático, exasperando a reprimenda com base, apenas, na presença de duas causas de aumento.

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

4. O magistrado de primeiro grau, ao fazer a opção pelo regime fechado, fez observar que o crime foi praticado com emprego de arma de fogo e concurso de agentes, além de conjecturar acerca da gravidade abstrata do delito, que "é causa de grande intranquilidade social no meio urbano", e a consequente necessidade de que o paciente seja encarcerado no regime mais gravoso.

5. Incabível o agravamento do regime com base no mero apontamento das causas de aumento de pena, dada a avaliação judicial que se impõe – fundada na individualização concreta da pena, tendo como norte os critérios positivados no art. 33, § 3º, c/c art. 59, ambos do CP – para a fixação do regime inicial de cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena.

6. O Tribunal *a quo*, por sua vez, entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica e nos elementos inerentes ao tipo do delito cometido. Não obstante haja particularizado o fato de o paciente, assim como o adolescente que o acompanhava, conhecer a vítima do bairro, entendendo não haver apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse periculosidade acentuada do agente ou real necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em **5 anos e 4 meses** de reclusão, além de 13 dias-multa, e fixar o **regime inicial semiaberto**.

VOTO

O EXMO. SR. 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*.

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

Dos documentos trazidos à colação, verifico que o paciente foi condenado, pela prática da conduta descrita no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, reprimenda reduzida em 2º grau para 5 anos e 6 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

I.

Primeiramente, transcrevo trechos da denúncia, para ilustrar as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias por meio das quais o delito foi perpetrado:

Conforme se apurou, nas circunstâncias de tempo e local acima mencionados, o denunciado e o adolescente, previamente ajustados entre si e agindo em unidade de propósitos e desígnios, abordaram a vítima e, **mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo**, subtraíram os bens supra descritos. Na posse dos bens se evadiram.

Apurou-se que a vítima encontrava-se na calçada, próximo à sua moto, a qual estava estacionada, oportunidade em que dois indivíduos chegaram em uma moto, sendo que o garupa desceu e, empunhando uma arma de fogo, anunciou o assalto. A vítima, subjugada, entregou a chave de sua moto, foi revistada, e seus pertences foram subtraídos. Na posse dos objetos acima descritos, os roubadores evadiram-se.

Policiais Militares faziam patrulhamento de rotina, ocasião em que visualizaram o adolescente infrator em cima da motocicleta, tentando ligá-la, enquanto era auxiliado pelo denunciado.

Tal veículo estava com o alarme sonoro e luminoso acionado, o que chamou a atenção dos milicianos. O denunciado e Allef foram abordados e, em revista pessoal, localizaram com o adolescente a quantia de R\$ 90,00 (noventa reais). O denunciado foi preso em flagrante delito. (fl. 11, destaquei.)

Em relação ao **aumento de pena na terceira fase da dosimetria**, constato a flagrante ilegalidade apontada.

A individualização da pena, princípio haurido diretamente da Constituição Federal, constitui uma das mais importantes balizas do Direito Sancionador e está prevista, também, no artigo 59 do Código Penal, o qual fixa os critérios norteadores da quantidade e da qualidade da sanção estatal a ser aplicada em cada caso concreto.

Para a doutrina, "a pena encontrada pelo julgador deve ser proporcional ao mal produzido pelo condenado, sendo, pois, na definição do Código Penal (art. 59, parte final), aquela *necessária e suficiente* para a reprovação e prevenção do crime" (GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 158).

O juiz sentenciante asseverou que, na terceira fase, a ocorrência de duas qualificadoras imporia aumento de **2/5** sobre as penas. Para tanto, consignou tão somente que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na terceira fase, **em razão da existência de duas causas de aumento de pena**, previstas no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, **consistentes no emprego de arma de fogo e concurso de pessoas**, e não apenas uma, aumento a pena em 2/5 (dois quintos), elevando-a a 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, e mais 14 (quatorze) dias-multa. (fl. 18, destaquei.)

A Corte estadual, por sua vez, utilizando o critério quantitativo, reduziu o percentual de aumento de pena para **3/8**, sob os seguintes fundamentos:

Hoje, sendo cinco as causas especiais de aumento de pena, em ocorrendo duas, como é a hipótese dos autos (emprego de arma e concurso de agentes), entende-se que a fração de 3/8 é a que melhor representa o critério da proporcionalidade na retribuição penal. (fl. 25)

No caso, verifica-se que a exasperação da reprimenda em **3/8**, na terceira fase da dosimetria, foi aplicada tão somente com base na existência de duas majorantes.

Este Superior Tribunal vem reiteradamente decidindo que, diante da caracterização de mais de uma causa de aumento do crime de roubo, o acréscimo da pena acima do mínimo legal permitido (de um terço) deve ser fundamentado em elementos concretos dos autos e não apenas na constatação do número de majorantes.

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada por esta Corte, em seu enunciado n.º 443, *verbis*: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

Dessa forma, uma vez que foi utilizado apenas o critério quantitativo para fins de exasperação da reprimenda, na terceira fase da dosimetria, em patamar superior ao mínimo legalmente previsto, tenho como evidenciado o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente.

Passo, pois, à readequação da pena final.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A reprimenda-base do paciente foi estabelecida no mínimo legal, em 4 anos, além de 10 dias-multa. Na segunda fase, embora a menoridade relativa do réu, remaneceu mantida. Na terceira etapa, concedo a ordem, de ofício, para exasperar a pena no mínimo legal de 1/3, em virtude do emprego de arma e concurso de agentes, resultando a pena definitiva em **5 anos e 4 meses** de reclusão, além de 13 dias-multa.

II.

Relativamente à almejada **fixação do regime semiaberto** de cumprimento de pena, verifico que o juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo inicialmente mais gravoso nos seguintes termos:

Não obstante a primariedade e a menoridade relativa do acusado, mas a se considerar **o emprego de arma de fogo** e o concurso de agentes, o que representou maior risco à integridade física da vítima, além de se tratar de fato que é causa de grande intranquilidade social no meio urbano em que se deu, circunstâncias que inegavelmente conferem maior gravidade ao fato praticado, fixo o regime fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, em consonância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. (fl. 19, destaquei).

A Corte estadual, por sua vez, salientou que:

5.- O regime prisional estabelecido - inicial fechado -, na esteira do entendimento pacificado nesta Câmara, é o conveniente e deve prevalecer.

Não se pode desconhecer que a gravidade do crime de roubo, que vem colocando em pânico a sociedade, evidencia, sem qualquer sombra de dúvida, intensa periculosidade de seu agente, que não pode ser desconsiderada na fixação do regime inicial da pena corporal, que não guarda relação de dependência com sua quantidade.

A periculosidade de autores de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça é presumida pela lei, que exige sejam submetidos, para fins de livramento condicional, à "constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir" (Art. 83, parágrafo único, CP). Essa periculosidade recomenda a adoção do regime carcerário inicial fechado.

Privilegiar-se autor de crime contra o patrimônio praticado com grave ameaça à pessoa, concedendo-se-lhe regime carcerário que não o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado, é desatender-se às finalidades da pena, que são o juízo de reprovação sobre a conduta e a prevenção do crime.

Com maior razão ainda tendo-se em conta que tanto o apelante como o adolescente conheciam a vítima do próprio bairro. (fls. 25-26.)

III.

Acerca da **maior potencialidade lesiva do crime de roubo praticado com arma de fogo**, vem-me à memória o que expressei no voto do HC 284.557/RJ, **em que remanescei vencido**, e no HC 278.175/SP, em que, com **ressalvas pessoais**, a 6ª Turma não conheceu do *writ*.

Nessas ocasiões destaquei 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**, hão de receber uma resposta penal **que não se iguale a outras de gravidade notoriamente menor**.

Também sublinhei o fracasso brasileiro na **evitação e na 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 comunhão social.

Permito-me, apenas para fomentar a reflexão sobre o tema, transcrever o que explicitiei no HC 278.175/SP, cuja situação fática – assinalo, a bem da verdade – era diversa da que ora retrata este *writ*:

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 reprovação e prevenção do crime"*. Nesse ponto, o autor – um dos membros da comissão de Revisão de 1984 – deixa claro que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 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 invocar *tout court* o poder punitivo estatal para fixação do regime mais gravoso. É de fundamental importância, na judicatura criminal, 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** decorrente da cominação e aplicação das sanções penais, como desestímulo a práticas delitivas por terceiros (prevenção geral, de intimidação, negativa); e **(iii) da neutralização 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 àquelas 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 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?



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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>).

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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.3.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 consectário 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).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 "*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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idêntico 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. 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, destacados:

[...] 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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] 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, 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 vislumbresse qualquer ofensa à Súmula 440/STJ ou à Súmula 719/STF.

IV. 4.

Feita toda essa digressão, que, todavia, **não reflete o pensamento da Turma** - visto que restei vencido no julgamento do HC 284557/RJ (ainda não publicado) - esclareço que o caso vertente **não traz apenas o emprego de arma de fogo como fundamento para a fixação do regime mais gravoso**, mas também outras circunstâncias, quais sejam, as de que o paciente, **auxiliado por três outros indivíduos, que mantiveram as vítimas privadas de suas liberdades, era conhecido antigo e vizinho de uma das vítimas, pessoa idosa que, ao ter uma arma apontada para si, sofreu um mal súbito, maximizando o risco de um desfecho trágico.**

Como já tive asseri (no HC 284557/RJ), o sujeito que se utiliza de uma **arma de fogo** para cometer um roubo, usualmente a aponta na direção da vítima e, não raro, aciona o gatilho. **Em minha concepção - que, insisto, não foi acompanhada pela maioria da 6. Turma** - não seria cogente que os magistrados sentenciantes explicitassem o que, *concessa venia*, me parece óbvio, ou seja, que tal ação delitiva implica concreto risco de morte para a vítima do assalto e que, portanto, o comportamento de quem emprega meio coercitivo tão letal recomenda o regime inicial fechado de cumprimento da pena, à vista de suas finalidades, **sempre, é claro, ressalvada a avaliação particular do caso.**

No caso concreto, não ignoro a existência de elementos outros, já indicados, que sustentaram a escolha do regime mais gravoso, mas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendo que tais circunstâncias apenas tornam mais robusta a convicção judicial quanto ao acerto da opção pelo regime inicial fechado de cumprimento da pena imposto aos autores do roubo.

A reflexão que subjaz a essa temática, em tom indagativo, é: o risco de a vítima de um roubo sofrer, como na espécie, um mal súbito - que pode levá-la à morte -, decorrente do sobressalto e do temor de ser alvejada por um projétil, é diferente do **risco concreto** a que se expõe qualquer vítima de roubo com **emprego de arma de fogo**, de ser gravemente ferida, ou morta, pelo simples acionamento do gatilho de um revólver ou de uma pistola?

A resposta, a meu sentir, é categórica: não, o risco concreto de um desfecho trágico é o mesmo.

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 regime mais gravoso, 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 uma outra arma qualquer - faca, canivete, pedaço de madeira etc) singulariza tal ilicitude penal.

Em suma, o que seria algo excepcional tornou-se corriqueiro, e talvez por isso o Poder Judiciário tenha perdido a capacidade de responder, com o uso proporcional do instrumentário legal, a essa triste realidade de nosso país.

IV.

Tal avaliação judicial – inerente ao mandado constitucional de individualização concreta da pena, tendo como norte os critérios positivados no art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do CP – autorizaria, em compreensão pessoal, a opção pelo regime mais gravoso.

Porém, não tem sido esse o entendimento da Sexta Turma desta Corte em casos anteriormente julgados, como no já referido no início do voto.

Entende-se 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.

Em respeito à maioria, portanto, aponto o constrangimento ilegal objeto da impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim sendo, faço lembrar que 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 216.266/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6ª T., julgado em 2/10/2012, DJe 30/10/2012).

Dos trechos anteriormente transcritos, **verifico estar presente o alegado constrangimento ilegal**, pois, embora a pena-base haja sido fixada no mínimo legal e assim permanecido definitivamente – 4 anos de reclusão –, sendo o paciente primário, o regime inicial fixado foi o fechado.

No caso sob exame, o juiz sentenciante, ao fazer a opção pelo regime mais gravoso, fez observar que o crime foi praticado com emprego de arma de fogo e concurso de agentes, além de conjecturar acerca da gravidade abstrata do delito, que "é causa de grande intranquilidade social no meio urbano" (fl. 19), e a consequente necessidade de que o paciente seja encarcerado no regime mais gravoso.

O Tribunal a quo, por sua vez, entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena sob a seguinte fundamentação: "Privilegiar-se autor de crime contra o patrimônio praticado com grave ameaça à pessoa, concedendo-se-lhe regime carcerário que não o fechado, é desatender-se às finalidades da pena, que são o juízo de reprovação sobre a conduta e a prevenção do crime. Com maior razão ainda tendo-se em conta que tanto o apelante como o adolescente conheciam a vítima do próprio bairro." (fls. 25-26.)

Não obstante a Corte de origem haja particularizado o fato de o paciente, assim como o adolescente que o acompanhava, conhecer a vítima do bairro, não se apontou elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

Dessa forma, concluo, ante a ausência de fundamentação idônea, que deve o paciente cumprir a pena em regime inicial mais brando.

V.

À vista de todo o exposto, não conheço do *habeas corpus*, por entender inadequado o uso do *writ* substitutivo do meio impugnativo próprio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No entanto, dada a evidência da coação ilegal apontada, no tocante à dosimetria da pena, concedo a ordem, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em **5 anos e 4 meses** de reclusão, além de 13 dias-multa, e fixar o **regime semiaberto** para o cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0080345-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 292.270 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00955733220118260050 175311 17532011 955733220118260050

EM MESA

JULGADO: 06/11/2014

Relator

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

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 DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JONATAS DE SOUZA OLIVEIRA

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 pedido, expedindo, 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.