



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.175 - SP (2010/0215870-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JACKSON MARQUES DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHA. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS.

1. Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I. do § 2.º. do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser inconteste o uso da arma na empreitada criminosa, com indicação das provas constantes nos autos. O reexame dessa conclusão só seria possível com o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

4. Esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo: HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010; HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010, *v.g.*.

5. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis aos réus, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

7. Ordem de *habeas corpus* denegada. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para, mantida a condenação, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo-se a reprimenda do Paciente para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, bem como estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.175 - SP (2010/0215870-0)

IMPETRANTE : FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JACKSON MARQUES DOS SANTOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JACKSON MARQUES DOS SANTOS, condenado como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 13 dias-multa, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo.

Busca o Impetrante, liminarmente e no mérito, o afastamento da majorante do emprego de arma, que não foi apreendida e periciada.

O pedido liminar foi parcialmente deferido nos termos da decisão de fl. 46.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 55/57, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 47/51, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.175 - SP (2010/0215870-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHA. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS*.

1. Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I. do § 2.º. do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, com indicação das provas constantes nos autos. O reexame dessa conclusão só seria possível com o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

4. Esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo: HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010; HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010, *v.g.*.

5. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis aos réus, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

7. Ordem de *habeas corpus* denegada. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para, mantida a condenação, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo-se a reprimenda do Paciente para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, bem como estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Informam os autos que o ora Paciente foi condenado à pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por violação ao disposto no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal.

A sentença condenatória, confirmada em sede de apelação, individualizou a pena nos seguintes termos:

"Estabelecida a responsabilidade penal, passo a dosimetria da pena.

Não há elementos, em primeira :fase, que determinem a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Assim, fixo a em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da menoridade (fl. 38), entretanto, deixo de aplicá-la, pois sua incidência levaria a' pena aquém do mínimo legal, o que é vedado, nos termos da: Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça. Não reconheço a confissão uma vez que o réu não pretendeu colaborar com a justiça e sim, apresentar versão que o beneficiasse com o afastamento da responsabilidade penal. Não existem, nesta fase, outras circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, consigno que o crime de roubo foi praticado com o emprego de arma e em concurso de agentes, estando presentes duas causas de aumento de pena que autorizam a elevação no patamar de 3/8 em razão da quantidade das causas que exigem repreensão proporcional a conduta praticada, em respeito ao Princípio Constitucional da individualização da pena expresso no art. 50, inciso XLVI do Código Penal, resultando em 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa. Não há outras causas para aumento ou diminuição da pena, permanecendo no acima descrito.

Posto isso e considerando tudo o que mais dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial para o fim de CONDENAR JACKSON MARQUES DOS SANTOS como incurso no artigo 157, § 20, incisos I e II do Código Penal, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa, a qual cumprirá em regime inicial fechado." (fls. 13/14.)

De início, no tocante à exclusão da causa de aumento referente ao emprego de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arma de fogo, ante a falta de apreensão e perícia do instrumento, cumpre ressaltar que a matéria ora submetida à apreciação desta Corte é questão controvertida na jurisprudência e doutrina pátrias, tendo sido objeto de divergência também no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, após o julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, concluído no dia 13/12/2010, a Eg. Terceira Seção desta Corte, acompanhando voto divergente do Ministro Gilson Dipp, pacificou entendimento no sentido de serem dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.

A propósito, confira-se o que restou noticiado no Informativo n.º 460 deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"ROUBO. MAJORANTE. ARMA.

A Seção, ao prosseguir o julgamento, entendeu, por maioria, conhecer dos EREsp, apesar de o acórdão colacionado como paradigma advir do julgamento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No mérito, firmou, também por maioria, que a aplicação da majorante constante do art. 157, § 2º, I, do CP não necessita da apreensão e da perícia da arma utilizada na prática do roubo se outros meios de prova evidenciarem seu emprego, por exemplo, os depoimentos dos condutores, da vítima e das testemunhas, ou mesmo quaisquer meios de captação de imagem. Anotou que essa exigência de apreensão e perícia da arma não decorre da lei, que recentes precedentes do STF têm a arma, por si só, como instrumento capaz de qualificar o roubo desde que demonstrada sua utilização por qualquer modo (potencial lesivo in re ipsa) e que, por isso, cabe ao imputado demonstrar a falta de seu potencial lesivo, tal como nas hipóteses de arma de brinquedo, defeituosa ou incapaz de produzir lesão (art. 156 do CPP). Precedentes citados do STF: HC 96.099-RS, DJe 5/6/2009, e HC 104.984-RS, DJe 30/11/2010. EREsp 961.863-RS, Rel. originário Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Rel. para acórdão Min. Gilson Dipp, julgados em 13/12/2010."

É importante salientar que, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

Nesse contexto, a ausência de perícia na arma utilizada no crime, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar sua efetiva utilização na prática delituosa.

Na hipótese, o Juízo sentenciante reconheceu a causa de aumento, apesar de não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ter sido apreendida e periciada a arma. Asseverou, para tanto, que "[a] s qualificadoras de concurso de agentes e uso de arma ficam reconhecidas uma vez que constaram não apenas da confissão, como depoimento prestado pela testemunha, não havendo quaisquer contradições entre as declarações da fase policial e judicial" (fl. 12).

O acórdão ora impugnado quanto a esse mister, teceu as seguintes considerações:

"A vítima, Luciano da Silva Torres, na delegacia, à fl. 09, confirmou os fatos tal como descritos na denúncia e reconheceu o apelante como um dos autores do delito, sem sombra de dúvidas.

[...]

Com relação as declarações da vítima, ainda que apenas na fase extrajudicial, não há que questionar seu valor probante, já que apresentou depoimento seguro, em perfeita harmonia com o conjunto probatório produzido. Ressalte-se que a palavra da vítima prepondera, já que só ela teve contato direto com os roubadores, não se vislumbrando qualquer motivo que a fizesse mentir ou acusar um inocente.

[...]

Além disso, reconheceu o réu, sem sombra de dúvidas e descreveu minuciosamente a conduta de cada agente durante a empreitada.

A isto acrescente o depoimento do policial militar, que corroborou a narrativa da vítima e confirmou que o apelante confessou a prática do roubo, não se vislumbrando, sequer, indício, que coloque em dúvida a veracidade de suas informações.

Com efeito, a valoração do depoimento de policiais obedece aos mesmos princípios aplicados ao restante das pessoas, pois seria um absurdo considerar-lhe a condição funcional como fator de inidoneidade.

[...]." (Fl. 34)

Como se vê, a despeito de não ter sido a arma apreendida e periciada, o seu efetivo uso na ação criminosa restou devidamente comprovado, consoante entenderam as instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria de prova, de forma suficiente à caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do *habeas corpus*.

Ademais, esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo (grifou-se):

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 9 ANOS, 4 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, EM RAZÃO DA PRÁTICA DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (ARTS. 157, § 2o., I E II DO CPB). IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA DO EMPREGO DA ARMA PELO PACIENTE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE EM RAZÃO DA ALEGADA DEFICIÊNCIA DE DEFESA. DEFENSOR NOMEADO. APRESENTAÇÃO DAS PEÇAS NECESSÁRIAS: DEFESA PRÉVIA E ALEGAÇÕES FINAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ENUNCIADO SUMULAR 523/STF. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA POR EDITAL FIXADO NA PORTA DO FÓRUM. COMARCA DO INTERIOR (IPAMERI/GO). ART. 365, PAR. ÚNICO DO CPP. PRECEDENTE DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A apreensão e a perícia da arma utilizada no crime de roubo, quando impossível, não afasta a incidência da causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização durante a prática da conduta criminosa.

Precedentes do STJ e STF.

2. Não há como acatar a pretensão de nulidade por deficiência da defesa, na medida em que, conforme registrado no aresto combatido, a defesa do paciente foi efetivamente patrocinada por advogado nomeado e que as peças imprescindíveis ao pleno exercício dessa contestação, a defesa prévia as alegações finais, foram apresentadas, refutando as acusações contra ele proferidas.

3. Nos termos do art. 365, par. único do CPP, não havendo imprensa local, o edital será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo, tal como ocorre na espécie.

4. Opina o MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada." (HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. EXAME PERICIAL. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME POR OUTROS MEIOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Dispõe o art. 167 do Código de Processo Penal que o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. A ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa, **no caso o seguro depoimento das vítimas**. Precedentes desta Corte e do Col. Excelso Pretório.

3. O art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, não ressalva para configuração da atenuante que confissão seja completa, explicitando todas as circunstâncias do crime ou que seja movida por um motivo moral,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que demonstre o arrependimento do acusado ou, ainda, que influa decisivamente para a condenação.

4. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea quando da fixação da pena.

5. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, reformando o acórdão ora atacado e a sentença condenatória na parte relativa à individualização da pena, e fixar a pena do Paciente em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, bem como 10 dias-multa, mantido o regime inicial fechado, nos termos do voto." (HC 159.854/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010.)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA.APREENSÃO/PERÍCIA. INEXISTÊNCIA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Precedentes do STF e STJ.

2. In casu, o depoimento da vítima, conforme reconhecido na sentença, trouxe elementos capazes de ensejar o reconhecimento da causa especial de aumento da pena.

3. Recurso especial provido para restabelecer os termos da sentença condenatória." (REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. ALEGAÇÃO DE MUTATIO LIBELLI. DENÚNCIA QUE DESCREVE OS FATOS APROPRIADAMENTE. MERA EMENDATIO LIBELLI. ORDEM DENEGADA.

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontroverso o uso da arma na empreitada criminosa, **em razão do firme depoimento da vítima.**

4. Em nosso sistema processual penal, o réu defende-se da imputação fática, e não da imputatio iuris, sendo, portanto, possível que o magistrado dê nova definição jurídica ao fato narrado na denúncia.

5. *Ordem denegada.*" (HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010.)

Por outro lado, no que concerne ao aumento decorrente das majorantes previstas no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, verifica-se o irregular acréscimo da pena implementado em 3/8, acima do mínimo legal, que é de 1/3, sem a imprescindível fundamentação, o que justifica a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

Com efeito, cumpre ressaltar que a presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo não é razão obrigatória de majoração da punição em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não foi realizado na espécie.

O referido entendimento, a propósito, restou consolidado no enunciado n.º 443 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, *ad litteram*:

"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."

Deve, portanto, na terceira fase da aplicação da pena, ser retificado o aumento de 3/8 para o mínimo legal, equivalente a 1/3.

Assim, mantida as demais cominações do aresto hostilizado, resta fixada, em definitivo, a reprimenda em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.**

Por fim, quanto à fixação do regime inicial fechado, também se constata ilegalidade patente, a ser sanada de ofício, pois a pena-base do Paciente foi fixada no mínimo legal e as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, não sendo legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º do Código Penal, que dispõe que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto"*.

Portanto, sendo o condenado tecnicamente primário e de bons antecedentes, a decisão que lhes impôs o regime inicial fechado para o cumprimento da pena há de ser reformada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

"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."

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*. CONCEDO, porém, *habeas corpus*, de ofício, para, mantida a condenação, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo a reprimenda do Paciente para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, bem como estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0215870-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 191.175 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50070963088 990081235030

EM MESA

JULGADO: 20/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - DEFENSOR PÚBLICO**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **JACKSON MARQUES DOS SANTOS**

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.