



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.949 - SP (2010/0127138-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO BANDEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. CONCURSO DE AGENTES. IDENTIFICAÇÃO DO CORRÉU. DESNECESSIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. MAJORANTES. AUMENTO SEM FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO AO MÍNIMO (1/3). CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.

2. Para a caracterização do concurso de agentes não se mostra necessária a identificação do corrêu, sendo suficiente a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, circunstância evidenciada no caso, vez que tanto a vítima como a testemunha foram uníssonas em afirmar que haviam dois integrantes na prática delitiva. Precedentes.

3. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Conforme vem reiteradamente decidindo este Superior Tribunal, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte.

5. *Habeas corpus* concedido, em parte, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, pela prática do crime de roubo circunstanciado, em obediência ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal, uma vez que não foi fundamentada a imposição de regime inicial mais gravoso, concedida ainda, *ex officio*, a redução ao mínimo legal de 1/3 quanto as majorantes, ficando a pena estipulada, ao final, em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente o habeas corpus e, de ofício, expediu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 17 de março de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.949 - SP (2010/0127138-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO BANDEIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de LEANDRO BANDEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 990.09.118342-3).

Narra o impetrante que o paciente foi sentenciado, nos termos do artigo 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 (quatorze) dias-multa e mais a quantia de R\$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais), a título de valor mínimo para a reparação de danos à vítima.

Colhe-se da sentença condenatória, no que interessa (fls. 35):

"O réu é primário e não possui antecedentes criminais (fls. 72). Sua culpabilidade é de grave intensidade e sua personalidade e conduta social deve ser tidas por consoante a moral média, diante da ausência de prova contrária. Atenta, ainda, aos motivos, circunstâncias e consequências do delito, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 dias-multa. Não há circunstâncias agravantes, nem atenuantes a serem consideradas, mas sim as causas de aumento pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, donde aumento a reprimenda em 3/8, perfazendo 05 anos e 06 meses de reclusão e 14 dias-multa (...). O regime prisional será o fechado, quer pela quantidade de pena, quer pela audácia e periculosidade do agente, praticante de crime violento contra a pessoa."

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual restou parcialmente provido, apenas para reduzir a pena de multa, mantendo-se a condenação nos seus demais termos. Extraíndo-se do aresto guerreado o seguinte (fls. 59/61):

"A pena privativa de liberdade não comporta reparos: base fixada no mínimo legal, com acréscimo de 3/8 (três oitavos) pelas duas qualificadoras. A pecuniária, adotado o mesmo critério, deve ser corrigida para **13 (treze) dias-multa**, por ter havido erro de cálculo.

Por fim, no que tange ao regime prisional inicial fixado, a r. sentença não comporta alteração, haja vista que se trata de roubo duplamente qualificado, pelo concurso de agente e emprego de arma de fogo, delito grave que cada vez mais bem atormentando a sociedade em geral e desvela a periculosidade de seus agentes."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega a defesa que o Egrégio Tribunal *a quo*, ao confirmar o regime inicial fechado, contrariou o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e submeteu o paciente a grave constrangimento ilegal.

Afirma que, ao manter as causas de aumento de pena, conferiu interpretação equivocada ao artigo 157, § 2º, I, do CP. Para tanto, justifica que a incidência do aludido aumento, consistente no emprego de arma de fogo, reclama a comprovação concreta da potencialidade lesiva do instrumento, não sendo essa suficientemente comprovada por mera palavra da vítima.

Aduz, ainda, que a causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, II, do CP, em razão do possível concurso de agentes, também não merece prevalecer. Sustenta não terem sido identificados os possíveis coautores, não sendo possível saber, nem mesmo se era imputável.

Assim, como a incidência da mencionada causa de aumento reclama o concurso entre pessoas imputáveis, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*, a causa de aumento deve ser afastada.

Por fim, sustenta que, por ser réu primário, não possuir maus antecedentes e ser, à época da prática delituosa, menor de 21 (vinte e um) anos, faz jus à fixação do regime inicial semiaberto.

Requer, liminarmente, a concessão do regime inicial semiaberto e, no mérito, o afastamento das causas de aumento de pena previstas nos artigos 157, § 2º, I e II do Código Penal, bem como a manutenção do semiaberto.

A liminar foi deferida às fls. 92/95 para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.

O Ministério Público opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 104/107).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 178.949 - SP (2010/0127138-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. CONCURSO DE AGENTES. IDENTIFICAÇÃO DO CORRÉU. DESNECESSIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. MAJORANTES. AUMENTO SEM FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO AO MÍNIMO (1/3). CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.

2. Para a caracterização do concurso de agentes não se mostra necessária a identificação do corréu, sendo suficiente a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, circunstância evidenciada no caso, vez que tanto a vítima como a testemunha foram uníssonas em afirmar que haviam dois integrantes na prática delitiva. Precedentes.

3. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Conforme vem reiteradamente decidindo este Superior Tribunal, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte.

5. *Habeas corpus* concedido, em parte, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, pela prática do crime de roubo circunstanciado, em obediência ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal, uma vez que não foi fundamentada a imposição de regime inicial mais gravoso, concedida ainda, *ex officio*, a redução ao mínimo legal de 1/3 quanto as majorantes, ficando a pena estipulada, ao final, em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

São três as questões trazidas a deslinde: I) o afastamento da causa de aumento relativa ao uso da arma de fogo; II) o afastamento da causa de aumento relativa ao concurso de pessoas; e III) a modificação do regime prisional imposto pela sentença.

Com relação a causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, convém tecer algumas considerações, por mim esposadas no julgamento do EREsp nº 961.863/RS, de relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi, em 13.12.2010.

O Direito Penal e Direito Processual Penal derivam de um tronco comum, sendo não muito remota a conquista da independência do segundo frente ao primeiro. Não são raros os problemas decorrentes da eficácia de novéis normas mistas, de que exemplo o art. 366 do Código de Processo Penal. Assim, comandos de direito material comparecem no Código de Processo Penal - como prescrição e extinção de punibilidade -, e regras de direito processual habitam no Código Penal - lembre que o tema ação penal dispõe de todo um capítulo na Parte Geral.

Por mais que perquira, não consigo vislumbrar a questão posta em debate apenas sob o ângulo processual, atinente à prova do corpo de delito, para que se possa admitir o aumento de pena de que trata o art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

A respeito da noção de corpo de delito, é imperioso registrar a lição do inexcelsável Rogério Lauria Tucci, em sua magnífica monografia sobre o tema:

Daí, à evidência, sua manifesta importância, a ser objetivada, de logo (e ainda que num relance, dado orientar-se nosso estudo, como é óbvio, a outro campo de trabalho, com o qual se relaciona intimamente), no Direito Penal material. E isto, por certo, em virtude de originar-se o conceito de *tipo delitivo* do tradicional *corpus delicti*, sua proclamada raiz histórica, no sentido primeiro da correspondência a toda *ação punível*, ou seja, ao *fato objetivo*. (*Do corpo de delito no Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 5-6.)

É claro, convenhamos, que o debate se avizinha ao Direito Processual Penal, mas com ele não se confunde. Faço um paralelo. Nos crimes contra a integridade física, não se tendo procedido à perícia após trinta dias, desaparecendo a incapacidade para as ocupações habituais, a questão da tipicidade (se lesão corporal grave ou leve) do comportamento deixa de ser penal para se tratar de matéria de fato? A meu sentir, não.

Na hipótese, penso que a tarefa da demonstração da ofensividade do instrumento do crime jamais poderiam incumbir à Defesa, porque, em se tratando de prova penal, a defesa não tem qualquer ônus, nem mesmo de provar eventual excludente de crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao contrário, cabe à acusação fazer a prova, indene de dúvida, acerca da existência material do fato, sua autoria e responsabilidade penal. A dúvida, no caso, favorece o acusado. E isto porque, para uma condenação, o juiz penal tem que ter a certeza moral acerca do acontecimento penal. À defesa não cabe fazer prova da certeza, mas se o juiz tiver a menor e tênue dúvida, não pode proferir um édito condenatório.

No crime de roubo majorado pelo uso da arma de fogo, não se está laborando com uma causa de justificação ou com uma eximente, que a Defesa traria como um contra-argumento, ou um álibi. Pelo contrário, foca-se em uma circunstância - majorante - cuja demonstração está a cargo da acusação.

Confira-se, a propósito do ônus da prova em matéria penal:

Antes porém de analisarmos o ônus da prova do Ministério Público, é necessário verificar se existe um prévio ônus de afirmar para o acusador.

Do ponto de vista do ônus da prova, é extremamente importante o ônus de afirmar. O ônus de afirmar é um antecedente lógico e cronológico do ônus da prova. Ao ônus de afirmar os fatos segue o ônus de comprová-los. Em consequência, somente há o ônus de provar os fatos que foram anteriormente afirmados.

(...)

Em suma, no campo penal, a atividade probatória do Ministério Público é regida por *ônus* e não por *deveres*. Ao Ministério Público incumbe o ônus da prova da culpa do acusado, além de qualquer dúvida razoável.

(...)

O fato imputado ao réu e que constitui o objeto do processo penal é um fato concreto, isto é, um acontecimento, um suceder histórico que se afirma ocorrido. Diversamente, o fato para fins de direito penal é uma abstração, um modelo, um tipo penal que prevê abstratamente uma conduta.

Estabelecida esta distinção entre o conceito processual de fato e a correspondente noção penalística, é importante destacar que, quando se faz alusão ao fato como objeto da prova, trata-se fato em sua acepção processual, isto é, de um concreto acontecimento que ocorreu no passado e que deverá ser demonstrado no processo. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 227-230 e 301-302.)

Sobre a natureza típica das circunstâncias do crime, dentre elas as causas de aumento de pena, confira-se o magistério do Professor de Direito Penal da USP David Teixeira de Azevedo:

As circunstâncias do crime são dotadas de tipicidade, constituindo modelos jurídico-penais. A sua estrutura típica não participa daquela do tipo incriminador, estando à volta do tipo principal como elementos típicos-satélites, a colorir o fato típico de maior ou menor ilicitude e/ou a transfundir ao agente maior ou menor culpa jurídico-penal. (*Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O mesmo doutrinador, relativamente às particularidades da causa de aumento em testilha, ensina:

Outro tanto sucede no delito de roubo. O aumento de pena de um terço até metade em decorrência do emprego de arma (art. 157, § 2.º, I, do Código Penal), do concurso de duas ou mais pessoas (art. 157, § 2.º, II), ou do fato de a vítima estar em serviço de transporte (art. 157, § 2.º, III) decorre da maior lesividade ao bem juridicamente tutelado (patrimônio e a integridade física e a liberdade da pessoa). Com a utilização da arma recrudescer-se o constrangimento e violência moral e física, o que sucede também com o concurso de duas ou mais pessoas. (*Op. cit.*, p. 136.)

Reconhecido o caráter típico da majorante em questão, ressuma o caráter materialmente penal da *quaestio*, vinculada ao âmbito da tipicidade. Assim, cumpre ao Ministério Público, *in casu*, a demonstração da conformação do modelo do inciso I do parágrafo primeiro do art. 157 do Código Penal. Não se está a tratar, aqui, propriamente do corpo de delito, mas do instrumento do crime e a imprescindibilidade de sua apreensão/perícia, até para se submeter a imputação ao filtro do princípio constitucional da ofensividade.

Mesmo em relação ao exame de corpo de delito, confira-se a lição do Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Vicente Greco Filho, acerca dos cuidados que devem ser tomados para que possa ser viabilizada a sua escorreita substituição:

Para que a substituição do exame de corpo de delito pela prova testemunhal possa ocorrer validamente, porém, é preciso que o desaparecimento dos vestígios seja decorrente de causas *não*-imputáveis aos órgãos de persecução penal.

O exemplo clássico do corpo de delito indireto é o do homicídio com o corpo jogado ao mar, não sendo possível o exame necroscópico.

Se, porém, os vestígios desapareceram em virtude da inércia, inclusive a burocrática, dos órgãos policiais ou judiciais, a menor segurança da prova testemunha não pode ser carreada ao acusado. Assim, se a vítima de um furto com arrombamento, cansada de esperar a visita dos peritos, manda consertar a janela arrombada e, por ocasião do exame, não se constatarem mais vestígios, a prova testemunhal não pode suprir a falta da perícia. (*Manual de processo penal*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 222.)

Em igual sentido, confira-se a jurisprudência desta Casa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. ESCALADA. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO ROUBO COM CONCURSO DE AGENTES. IMPOSSIBILIDADE. CONSUMAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARA A ACUSAÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS*.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência.

II - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP (Precedentes).

III - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC).

IV - Se a r. sentença condenou o recorrido por furto tentado, não tendo sido interposto recurso pela acusação, não se pode mais discutir o momento consumativo do delito, sob pena de *reformatio in pejus* (Precedentes).

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido. (REsp 932.780/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2007, DJ 29/10/2007, p. 306.)

Portanto, somente quando, por razões alheias à vontade das autoridades, for absolutamente impossível proceder-se à perícia é que se promove o exame de corpo de delito indireto, ou, na sua falta, mediante prova testemunhal. Já no tocante à perícia no instrumento do crime, inexistente previsão normativa das referidas providências supletivas, o que torna mais difícil ainda aceitar um laudo indireto ou a avaliação de lesividade da arma pelo simples (e atécnico) olhar da vítima ou de testemunhas.

Neste passo, penso ser importante precisar qual é o bem jurídico objeto de tutela por meio da tipificação do roubo. Cuida-se de delito inserido no catálogo daqueles contra o patrimônio. Todavia, revela-se crime complexo, dado que contempla, ainda, a proteção da liberdade (mediante a elementar *grave ameaça*) e/ou da integridade física (com a inclusão do termo *violência*).

É de se concentrar, para os fins de deslinde do presente feito, na combinação da *subtração* com a *grave ameaça*. Esta última pode ser exercida de vários modos, como a utilização, *verbi gratia*, de formulações verbais, que incutem no sujeito passivo o receio de mal grave e futuro. Também é possível a utilização de gestual, pelo qual se vença a resistência do ofendido, que, resignado, entrega o objeto material.

Além da figura prevista no *caput*, o legislador serviu-se, para proteger de maneira mais efetiva os valores em questão, de um rol de majorantes no seio do parágrafo segundo do artigo 157 do Código Penal. Assim, caso o roubador empregue, por exemplo, um revólver, tem-se uma ameaça com maior poder vulnerante. Daí apenar-se de modo mais intenso, porquanto há claro risco para a integridade física da vítima, visto que o agente pode vir a concretizar o mal, caso a vítima não contribua para o sucesso delitivo.

Com este mesmo raciocínio, em atenção ao cânone constitucional da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofensividade, que esta colenda Terceira Seção revogou a Súmula n. 174, desta Corte. O fator preponderante que levou à alteração do norte jurisprudencial foi a modificação no critério, passou-se de um exame subjetivo para um objetivo. Então, em sintonia com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, imanente ao Direito Penal do fato, próprio do Estado Democrático de Direito, a tônica hermenêutica passou a recair sobre a afetação do bem jurídico. Assim, reconheceu-se que o emprego de arma de brinquedo não representava maior risco para a integridade física da vítima; tão só gerava temor nesta, ou seja, revelava apenas fato ensejador da elementar "grave ameaça".

Do mesmo modo, não se pode incrementar a pena de forma desconectada da tutela do bem jurídico ao se enfrentar a hipótese em exame. Pontue-se:

(I) Sem a apreensão, como seria possível dizer que a arma do paciente não era de brinquedo ou se encontrava desmuniada?

(II) Sem a perícia, como seria possível dizer que a arma do paciente não estava danificada?

Assim, por entender tratar-se o emprego de arma de fogo de circunstância objetiva, é imperiosa a prévia demonstração da indenidade do mecanismo lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e conseqüente elaboração do exame pericial.

Tal entendimento passou a prosperar no âmbito da Sexta Turma, a partir do seguinte caso:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE.

1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I, do § 2.º, do art. 157, do Código Penal, tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula n. 174, deste Sodalício.

2. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física.

3. Ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento.

4. Ordem concedida. (HC 59350/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2006, DJ 28/05/2007, p. 402.)

É certo que, em 2008, o Pretório Excelso, pela sua Primeira Turma, pronunciou-se de maneira diversa:

Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não é exigível que a arma seja periciada ou apreendida, desde que comprovado, por outros meios, que foi devidamente empregada para intimidar a vítima. Com base nessa orientação, a Turma, em conclusão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo, indeferiu, por maioria, *habeas corpus* em que requerida a manutenção da pena imposta pelo tribunal de origem, ao argumento de que seriam indispensáveis a apreensão e a perícia da arma para aferição da mencionada causa de aumento. A impetração sustentava que, na situação dos autos, a potencialidade lesiva desse instrumento não teria sido atestada por outros elementos de prova – v. Informativo 500. Asseverou-se que o potencial lesivo integra a própria natureza do artefato e que, se por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em conta pelo magistrado na fixação da pena. Dessa forma, observou-se que, caso o acusado alegue o contrário ou sustente ausência de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar a vítima, será dele o ônus de provar tal evidência (CPP, art. 156). Ressaltou-se, ademais, que a arma, ainda que não tivesse o poder de disparar projéteis, poderia ser usada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. Por fim, aduziu-se que se exigir perícia para atestar a potencialidade lesiva do revólver empregado no delito de roubo teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecerem com elas, de modo que a aludida qualificadora dificilmente teria aplicação. Vencida a Min. Cármen Lúcia, relatora, que deferia o *writ* para anular o acórdão impugnado e restabelecer a condenação do paciente pelo crime de roubo, descrito no art. 157, *caput*, do CP, uma vez que, na espécie, não fora possível atestar, por outros meios de prova, a potencialidade lesiva do artefato. Precedente citado: HC 84032/SP (DJU de 30.4.2004).

HC 92871/SP, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 4.11.2008. (Informativo 527, 12 de novembro de 2008.)

O Pleno do Pretório Excelso abordou, então, a questão, nos autos do HC n.º 96.099/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, tendo aquela Corte, por maioria de votos, vencidos os eminentes Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, entendido que incide a aplicação da majorante, a despeito da arma não ter sido apreendida e periciada.

Eis o noticiado no Informativo n.º 536 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não se exige que a arma de fogo seja periciada ou apreendida, desde que, por outros meios de prova, reste demonstrado o seu potencial lesivo. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu *habeas corpus*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, impetrado contra decisão do STJ que entendera desnecessária a apreensão de arma de fogo e sua perícia para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo. No caso, a Defensoria Pública da União sustentava constrangimento ilegal, consistente na incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP – violência ou ameaça exercida com o emprego de arma de fogo –, sem que verificado o potencial lesivo do revólver. Assentou-se que, se por qualquer meio de prova – em especial pela palavra da vítima, como no caso, ou pelo depoimento de testemunha presencial – ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena. Ressaltou-se que, se o acusado alegar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal evidência, nos termos do art. 156 do CPP, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Aduziu-se não ser razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego ficar evidenciado por outros meios de prova, mormente quando esta desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece após a prática de delitos dessa natureza.

Enfatizou-se, ademais, que a arma de fogo, mesmo que, eventualmente, não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves contra vítimas inermes. Ressaltou-se, também, que a hipótese não guardaria nenhuma correspondência com o roubo perpetrado com o emprego de arma de brinquedo – exemplo frequentemente invocado pelos que defendem a necessidade de perícia para caracterização da forma qualificada do delito –, em que o tipo penal fica circunscrito àquele capitulado no caput do art. 157 do CP, porquanto a ameaça contra a vítima restringe-se apenas ao plano psicológico, diante da impossibilidade de que lhe sobrevenha qualquer mal físico. Concluiu-se que exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, que concediam a ordem, para revogar a qualificadora mencionada, ao fundamento de que ela só poderia ser aplicada nos casos em que demonstrada a lesividade potencial da arma, porque a intimidação, a violência e a grave ameaça já fazem parte do tipo penal. Afirmavam que, em caso de dúvida, como na espécie, por não se saber se a arma tinha ou não real capacidade ofensiva, a presunção não poderia correr contra o réu, seja por força do princípio do *favor rei*, seja em razão do princípio do ônus da prova que, em matéria penal, recai sempre sobre a acusação. A Min. Cármen Lúcia, não obstante reconhecendo ser elementar do tipo a existência de um instrumento que possa de alguma forma constituir a gravidade que se contém nesse tipo penal, acompanhou o relator, neste caso, por reputar comprovada a lesividade do revólver, por outros meios de prova, independentemente da perícia. (HC nº 96.099/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 19.2.2009.)

O mencionado aresto restou assim ementado:

ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA.

I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

VII - Precedente do STF.

VIII - Ordem indeferida. (HC n.º 96099/RS, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 19/02/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009.)

E, mais recentemente, a Segunda Turma do Pretório Excelso curvou-se ao posicionamento do Plenário, com a ressalva de entendimento contrário dos eminentes Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, nos seguintes moldes:

É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo para caracterizar a majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se por outros meios for comprovado seu emprego na prática criminosa. A 2ª Turma, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da colegialidade, e para evitar decisões díspares entre as Turmas, deliberou acompanhar essa orientação, formalizada pelo Plenário no julgamento do HC 96099/RS (DJe de 5.6.2009) e, em consequência, indeferiu habeas corpus em que sustentada a necessidade de apreensão e perícia de arma de fogo para fins de verificação da sua potencialidade lesiva e consequente incidência da referida causa de aumento. Consignou-se que tal entendimento já vinha sendo adotado pela 1ª Turma e que a 2ª Turma teria, em casos análogos, sufragado tese em sentido diametralmente oposto após a prolação do citado paradigma. Os Ministros Gilmar Mendes, relator, e Celso de Mello ressalvaram sua convicção pessoal. HC 103046/RJ e HC 104984/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.10.2010. (Informativo do STF n. 605.)

Com amparo em todo o exposto, é de ser ver que a temática em foco não se resume a um plano meramente fático, mas, tem contornos jurídico-penais, iluminados pela tipicidade, que deve ser pautada, numa perspectiva incriminatória, pela afetação de bens jurídicos.

Na atual quadra de desenvolvimento do Direito Penal, é fundamental ter sempre em mira a proteção de um bem jurídico, cuja tutela é prestigiada pelo respeito ao princípio da ofensividade, cânone magistralmente sintetizado por Alberto Silva Franco da seguinte maneira:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

O princípio também denominado princípio da ofensividade ou da lesividade centra-se na ideia de que o controle social penal só deve intervir quando ocorrer lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos concretos. "Bens jurídicos, em definitivo, são os pressupostos existenciais que a pessoa necessita para sua auto-realização na vida social. Uns têm natureza estritamente individual (vida, integridade, liberdade, honra, etc.), outros, comunitária (saúde pública, segurança do tráfico etc.), mas também esses últimos interessam ao indivíduo, já que a convivência pacífica, assegurada por uma ordem social adequada, é o único marco viável para sua própria auto-realização (Antonio García-Pablos de Molina. Idem, p. 540).

Não cabe, portanto, acionar o instrumento estatal de controle se o comportamento, ativo ou omissivo, de alguém não possuir nenhum laivo de lesividade. "Proibir por proibir, carece de sentido e legitimação" (Antonio García-Pablos de Molina. Idem, p. 540). Analisando, sob essa ótica, o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, no Estado Democrático de Direito, constitui uma clara limitação ao poder punitivo desse Estado na medida em que circunscreve a atuação do mecanismo repressor à tutela de bens jurídicos relevantes, de natureza coletiva ou individual, e aos ataques mais graves a esses bens. (*Código penal e sua interpretação*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 47.)

Não se pode admitir a intervenção do Direito Penal com amparo em suposições ou ilações. Não. O emprego do instrumento repressivo depende de uma aferição *ex ante* de relevância e, tal "cláusula de barreira" é justamente o princípio da ofensividade, que, satisfeito, admite o reconhecimento da tipicidade material.

Em conclusão, entendo imprescindível, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, que a arma de fogo seja apreendida e periciada, atestando-se sua capacidade lesiva.

Ressalto, todavia, que a matéria foi objeto de deliberação pela Terceira Seção desta Corte, a quem compete uniformizar a jurisprudência em matéria penal, na sessão do dia 13.12.2010, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, de relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi. Em tal ocasião, fiquei vencida no ponto, prevalecendo a compreensão de ser prescindível a apreensão e perícia da arma para a incidência da majorante, impondo-se a verificação, caso a caso, da existência de outras provas que atestem a utilização do instrumento.

Dessarte, em respeito à própria missão desta Corte Superior de Justiça de assegurar a uniformidade na interpretação das normas infraconstitucionais, acato o entendimento firmado pela egrégia Terceira Seção, embora ressalvando meu ponto de vista, e passo à análise do caso concreto.

Neste *mandamus*, o conjunto probatório coligido aos autos destaca a incidência da causa de aumento por meio de prova oral, visto que na sentença condenatória



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ressaltou-se *"temos ainda os relatos da vítima. Tanto em sede policial como em juízo ela confirmou ter sido abordada por dois indivíduos, um deles armados, o réu, quem anunciou o assalto, e na companhia de outro meliante, fugiram com sua moto, que foi localizada no dia seguinte, oportunidade em que reconheceu o acusado, mas teve dúvida quanto ao reconhecimento do menor infrator"* (fl. 16).

Desse modo, em conformidade com o acordado no EREsp n.º 961.863/RS, a prova oral juntada aos autos seria suficiente para ensejar a aplicação da causa de acréscimo em apreço, inexistindo qualquer constrangimento ilegal a ser reconhecido.

Relativamente à causa de aumento do concurso de pessoas, o pedido não comporta concessão, isso porque, para a caracterização do concurso de agentes não se mostra necessária a identificação do corréu, sendo suficiente a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, circunstância evidenciada no caso, vez que, conforme os depoimentos colhidos em juízo, tanto os policiais quanto à vítima foram uníssonos em afirmar que havia outro agente integrante da conduta delitiva. A sentença condenatória e o acórdão basearam-se, então, em provas testemunhais a fim de justificar a incidência da majorante prevista.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. CONCURSO DE AGENTES. CORROBORADO POR DEPOIMENTOS COLHIDOS EM JUÍZO. CONTRADIÇÃO SOBRE A QUANTIDADE E NÃO IDENTIFICAÇÃO DOS DEMAIS COMPARSAS. IRRELEVÂNCIA. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

(...)

3. A majorante relativa ao concurso de pessoas restou caracterizada por depoimentos colhidos em juízo, visto que tanto os policiais quanto à vítima foram uníssonos em afirmar que havia outros agentes integrantes da conduta delitiva.

4. Suposta contradição entre a quantidade dos agentes ativos do delito não enseja o afastamento do aumento, pois mesmo que fossem, ao invés de duas, três ou quatro pessoas, basta que se verifique a concorrência de, no mínimo, uma dupla para caracterizar a majoração.

De igual modo, a não identificação dos demais agentes não obsta a aplicação dita causa de aumento. Precedentes.

(...)

7. Ordem parcialmente concedida para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mantendo, porém, a pena cominada no acórdão, e fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 85.631/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEXTA TURMA, julgado em 5/11/2009, DJe 23/11/2009)

HABEAS CORPUS. ROUBO. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. CONCURSO DE AGENTES. IDENTIFICAÇÃO DO CO-RÉU. PRESCINDIBILIDADE.

1. Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, faz-se necessário que a arma de fogo seja apreendida e periciada.

2. Caracteriza-se o concurso de agentes quando há a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, sendo prescindível a identificação do co-réu.

3. Habeas corpus parcialmente concedido.

(HC 108.289/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 17/11/2008)

Confira-se, ainda, o seguinte precedente do Pretório Excelso:

"PENAL. ROUBO. CONCURSO DE AGENTES. CASO EM QUE DA ABSOLVIÇÃO DE UM CO-RÉU NÃO SE PODE INFERIR A NEGATIVA DE PARTICIPAÇÃO DO OUTRO. O RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA NÃO DESAPARECE POR NÃO SE TER IDENTIFICADO O SEGUNDO PARTICIPANTE, SABENDO-SE, PORÉM, QUE EXISTIU."

(RHC nº 60.469/RJ, Relator Min. DECIO MIRANDA, Julgamento: 30/11/1982, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ 11-2-1983, PP-00928)

Ademais, a alegação de que a incidência da mencionada causa de aumento reclama o concurso entre pessoas imputáveis, devendo, pois, ser afastada, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*, sem razão o impetrante, pois o fato de o paciente ter praticado o crime na companhia de inimputável não impede o reconhecimento da causa de aumento do concurso de agentes, veja-se a propósito:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CONCURSO DE AGENTES. DELITO PRATICADO NA COMPANHIA DE INIMPUTÁVEL. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO. MENOR JÁ CORROMPIDO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. A causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, incide nas hipóteses em que o crime é cometido na companhia de inimputável.

(...)

(HC 88.444/DF, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 13.10.09)

(...)

1. Configura-se como majorado o crime de roubo pelo concurso de duas ou mais pessoas, ainda que uma delas seja menor inimputável, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

este integra o número de agentes e, com isso, contribui para uma maior intimidação da vítima, elevando, via de consequência, a gravidade da ação criminosa. Precedentes deste STJ.

(...)

(HC 91.702/DF, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 4.8.08)

PENAL. HABEAS CORPUS . ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA REFERENTE AO USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE PERÍCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EFICÁCIA DA ARMA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. DECOTE DA CAUSA. CONCURSO DE AGENTES - UM MENOR E DOIS DESCONHECIDOS – ADMISSIBILIDADE. ATENUANTE LEVANDO A PENA ABAIXO DO MÍNIMO – IMPOSSIBILIDADE – REGIME MAIS GRAVOSO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM

PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. É possível o concurso de agentes com participação de um menor e dois desconhecidos, porquanto o que eleva a punição é a circunstância de que tal participação torna mais vulnerável o patrimônio e a integridade física da vítima.

(HC 115534/SP, Relatora Ministra Jane Silva – Desembargadora Convocada do TJ/MG – DJe de 3.11.08)

Quanto à fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena, no caso em questão, verifica-se o constrangimento ilegal. Na sentença afirmou-se, após ser fixada a pena-base no mínimo legal, que *"o regime prisional será o fechado, quer pela quantidade da pena, que pela audácia e periculosidade do agente, praticante de crime violento contra a pessoa"* (fl. 37) . Já no acórdão, ressaltou-se que *"no que tange ao regime inicial fixado, a r. sentença não comporta alteração, haja vista que se trata de roubo duplamente qualificado, pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, delito grave que cada vez mais vem atormentado a sociedade em geral e desvela a periculosidade de seus agentes."* (fl. 72).

É de ver que o regime mais gravoso foi estabelecido tão-somente em face da gravidade abstrata do delito e em elementos inerentes ao tipo penal, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, diante da ausência de motivos para a sua exasperação.

Já foi decidido inúmeras vezes por esta Corte que tais circunstâncias não são idôneas a legitimar a fixação de regime prisional mais rigoroso do que o permitido por lei. Ademais, causa espécie fixar-se a pena-base no mínimo legal e, posteriormente, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme o disposto no artigo 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

Confirmam-se, a propósito, acórdãos proferidos pela Sexta e Quinta Turmas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. NECESSIDADE DE ANÁLISE E VALORAÇÃO DE PROVA. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. REGIME INICIAL MAIS SEVERO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO FUNDAMENTADA APENAS NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. SÚMULA 718/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Alegações de fragilidade do conjunto probatório coligido em desfavor do paciente demandam, inexoravelmente, apreciação e valoração de matéria fático-probatória, vedadas nesta via.

Precedentes.

2. Nos termos da Súmula 718/STF, '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'.

3. Na hipótese, a fixação pelo Tribunal *a quo* do regime inicial fechado pela prática do crime de roubo na forma tentada, com base apenas na gravidade genérica do delito, constitui constrangimento ilegal, por inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do referido diploma legal.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, a aplicação de regime prisional mais gravoso para o início do cumprimento da reprimenda atenta contra o art. 33, § 3º, do referido diploma legal.

5. Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda." (HC 55.808/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23.05.2006, DJ 19.06.2006 p. 172.)

"PENAL E PROCESSUAL. ROUBO QUALIFICADO. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. RÉU PRIMÁRIO. BONS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME DE CUMPRIMENTO MODIFICADO PARA O SEMI-ABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar, além da quantidade da pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c/c art. 59 do CP), sendo vedado, em regra, avaliar apenas a gravidade abstrata do crime.

Afirmadas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, incabível a imposição de regime inicial fechado, quando a lei permite regime mais benéfico, sem fundamentação objetivamente motivada.

A gravidade do crime de roubo, em si mesma, não é capaz de determinar a imposição do regime inicial fechado, posto que ínsita ao tipo penal.

'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.' (Súmula 719 do STF) Ordem CONCEDIDA para estabelecer o regime semi-aberto." (HC 52.535/RJ, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 17.08.2006, DJ 25.09.2006 p. 314.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sumulado nos enunciados 718 e 719:

Enunciado n.º 718: "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."

Enunciado n.º 719: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Por fim, verifico que houve a exasperação da pena acima do mínimo legal (um terço) apenas em razão da presença de duas causas de aumento.

Embora o tema não tenha sido suscitado na impetração, revela, na espécie, evidente constrangimento, pois está pacificado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, havendo inclusive súmula.

Com efeito, conforme vem reiteradamente decidindo este Superior Tribunal, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL. 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. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

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, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via estreita do habeas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus.

4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em percentual 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.

5. Ordem 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 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

(HC 183.131/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010)

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO AGRAVADO. TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA EM 1/2 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 443 DESTE STJ. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de três causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. Verificando-se que a Corte de origem manteve a fração de 1/2 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior Tribunal. Exegese da Súmula 443 deste STJ.

3. Ordem concedida para alterar o patamar de aumento da pena de 1/2 (metade) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), reduzindo-se a reprimenda do paciente para 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

(HC 160.643/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 16/11/2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DO ALEGADO. MINORAÇÃO DO ACRÉSCIMO PELA AGRAVANTE. INCIDÊNCIA. 2. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS ADVERSOS. ARGUMENTOS INADEQUADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 3. PERSONALIDADE. VOLTADA À PRÁTICA DELITIVA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 4. NOVO DELITO PRATICADO QUANDO EM REGIME ABERTO. REGRESSÃO CARCERÁRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. 5. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 6. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Não há nos autos documentação comprobatória suficiente para a aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido acerca dos antecedentes e da reincidência de um dos paciente, devendo, contudo, o acréscimo pela agravante ser minorado, ante o princípio da proporcionalidade.

2. Considerar a culpabilidade, as consequências e as circunstâncias como desfavoráveis não é possível, em virtude da fundamentação inidônea empregada, sob as assertivas de que os acusados "tinham plena consciência da ilicitude de suas condutas" e que essas circunstâncias "lhes prejudicam".

3. Mencionar que a personalidade é voltada para a prática delituosa não basta para negativar a referida circunstância judicial, pois não foram expostos dados concretos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo.

4. Terem os pacientes cometido o delito enquanto cumpriam pena no regime aberto, não desmerece a conduta social, pois a punição pelo ocorrido é a regressão de regime carcerário do apenado, não devendo, novamente, em sede de aplicação da reprimenda pelo novo delito, ter como desfavorável a dita circunstância judicial, eis que caracteriza uma dupla punição, incidindo, assim, em inaceitável bis in idem.

5. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir as reprimendas.

(HC 128.368/MS, minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

Tal entendimento cristalizou-se na Súmula n.º 443 - STJ, *in 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.

Na hipótese, o magistrado *a quo* exacerbou a reprimenda de 3/8 (três oitavos) apenas por serem duas as majorantes, sem qualquer fundamentação concreta, como se vê (fl. 72):

"A pena privativa de liberdade não comporta reparos: base fixada no mínimo legal, com acréscimo de 3/8 (três oitavos) pelas duas qualificadoras."

De rigor, assim, a redução do mencionado acréscimo para o mínimo legal de 1/3 (um terço).

Dessarte, passo a fixação da pena. Conservo a pena-base aplicada, a saber, 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa. Reduzido para 1/3 (um terço) o acréscimo pelas majorantes, fica a sanção estabelecida em **5 (cinco) anos e 4 (quatro)**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.

À vista do exposto, **concedo em parte** a ordem a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, pela prática do crime de roubo circunstanciado, em obediência ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal, uma vez que não foi fundamentada a imposição de regime inicial mais gravoso, concedendo ainda, *ex officio*, a redução ao mínimo legal de 1/3 quanto as majorantes, ficando a pena estipulada, ao final, em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.**

É como voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0127138-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 178.949 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1610120090005308 292009 990091183423

EM MESA

JULGADO: 17/03/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO BANDEIRA

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 Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente o habeas corpus e, de ofício, expediu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.