



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.585 - SP (2010/0057651-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR ALVES DE OLIVEIRA PAIXÃO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARTEFATO DE BRINQUEDO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. 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. ORDEM CONCEDIDA.

1. O enunciado n.º 174 da Súmula deste Sodalício permitia o maior rigor punitivo no roubo, quando do emprego de arma de brinquedo. No entanto, o referido verbete sumular foi revogado no julgamento do Recurso Especial n.º 213.054/SP, na sessão de 24.10.01, da Terceira Seção, deste Superior Tribunal de Justiça.
2. É pacífico, nesta Corte Superior, o entendimento de que não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, quando a arma é de brinquedo.
3. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito.
4. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.
5. Ordem concedida para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, restabelecendo a sentença condenatória.

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 a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 14 de abril de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.585 - SP (2010/0057651-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR ALVES DE OLIVEIRA PAIXÃO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de GILMAR ALVES DE OLIVEIRA PAIXÃO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 993.07.082845-5).

Ressume-se dos autos que o paciente foi condenado, em 15.01.2007, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, como incurso no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal *a quo*, em 17.12.2009, provido o apelo do *parquet* a fim de condenar o acusado também por infringência do inciso I do § 2.º do artigo 157 do Estatuto Repressivo, e fixar o regime inicial fechado.

Daí o presente *mandamus*, em que o impetrante alega que a interpretação do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, não abarca simulacro de arma.

Ressalta que "merece reparo o regime inicial de cumprimento da pena estipulado pelo Tribunal de Justiça, uma vez que o réu é primário e as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são favoráveis ao paciente, tanto que a pena-base foi estipulada no mínimo legal" (fl. 10), destacando que "se o réu é primário e ostenta bons antecedentes, é seu direito subjetivo que seja fixado o regime menos gravoso possível" (fl. 11).

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão objurgado, com a fixação do regime inicial semiaberto ao paciente, acentuando que "caso até o julgamento do *writ* já tenha o acusado progredido de regime, então deverá ser fixado o regime aberto" (fl. 13). No mérito, pugna pelo afastamento da causa de aumento de pena referente ao emprego de arma de fogo e pela alteração do regime prisional.

O pedido liminar foi deferido (fls. 54/57) a fim de permitir que o paciente aguardasse no regime semiaberto o julgamento do *writ*, sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 200/223, e ao Juízo de origem, trazidas às fls. 67/71, 74/182 e 187/198.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal manifestou-se, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Henrique Fagundes (fls. 226/232), pela concessão da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.585 - SP (2010/0057651-3)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARTEFATO DE BRINQUEDO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. 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. ORDEM CONCEDIDA.

1. O enunciado n.º 174 da Súmula deste Sodalício permitia o maior rigor punitivo no roubo, quando do emprego de arma de brinquedo. No entanto, o referido verbete sumular foi revogado no julgamento do Recurso Especial n.º 213.054/SP, na sessão de 24.10.01, da Terceira Seção, deste Superior Tribunal de Justiça.

2. É pacífico, nesta Corte Superior, o entendimento de que não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, quando a arma é de brinquedo.

3. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito.

4. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Ordem concedida para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, restabelecendo a sentença condenatória.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Busca-se na presente impetração o afastamento da causa de aumento relativa ao uso da arma, visto que o instrumento era simulacro, bem como a fixação do regime inicial semiaberto.

O Juízo de primeiro grau, na sentença condenatória, assim se manifestou, no que interessa (fl. 21/22):

"(...)

No entanto, a qualificadora do emprego de arma de fogo deve ser afastada, pois a utilização de simulacro de arma para intimidar as vítimas não possuía qualquer poder lesivo, de sorte que é de se considerar que a ação praticada já se enquadrava na grave ameaça do *caput* do artigo 157 do Código Penal.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verificada, portanto, a conduta do acusado no crime de roubo, passo a individualizar-lhe a pena.

Atendendo à culpabilidade do acusado com efetiva participação nos atos criminosos, inclusive, com notícia de efetiva abordagem à vítima Nelson e ameaça permanente com a arma de brinquedo, as circunstâncias do crime, bem como aos demais elementos contidos no art. 59, *caput*, do Código Penal, fixo-lhe a pena no mínimo legal, estabelecendo-a em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, conforme o disposto no art. 157, *caput*, c/c os arts. 60, *caput*, e 49, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal. Em que pese o entendimento exposto pela Douta Defesa, não há como reduzir a pena-base aquém do mínimo estabelecido pela Lei penal (Súmula 231 do STJ).

Agora, aumento esta pena em 1/3 (um terço), diante da qualificadora contida no art. 157, § 2º, II, do CP, estabelecendo-a em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Assim, torno a pena fixada ao referido acusado em definitiva, por não encontrar nenhuma outra circunstância modificadora aplicável.

Posto isto, julgo procedente em parte a presente ação penal que a Justiça Pública move contra Gilmar Alves de Oliveira Paixão, RG n.º 30.080.458-1/SP ou 51.954.364/SP, qualificado a fls. 28, para, com base no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, condená-lo a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

(...)

Considerando a menoridade relativa e a ausência de antecedentes criminais, o acusado deverá iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

(...)"

Colhe-se do acórdão impugnado (fls. 41/45):

"(...)

Esta Câmara tem seguido a orientação da qualificadora do inciso I do parágrafo segundo do artigo 157 do Código Penal também ficar caracterizada na hipótese de uso de arma de brinquedo que seja capaz de intimidar a vítima e desestimular-lhe a reação:

(...)

Reconhecida a existência da qualificadora do emprego de arma de fogo e adotados os exatos critérios da sentença quanto à fixação da pena, o aumento pela duplicidade de qualificadoras passa a ser de 3/8, alcançando-se 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa no valor unitário mínimo.

(...)

IV- O pedido de fixação do regime fechado para o cumprimento da reclusão também deve prosperar, não obstante o juiz sentenciante tenha justificado a opção pelo semiaberto.

(...)

Na espécie, a periculosidade demonstrada com o roubo a estabelecimento comercial aberto ao público e a ausência de sincero arrependimento (que pressupõe o reconhecimento do erro) demonstram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade não preparada para regime distinto do fechado. Some-se que as vítimas tiveram considerável prejuízo e que o acusado continua escondendo a identidade do coautor, a revelar incompreensão para com a necessidade de punição do autor do crime.

(...)

A tudo se some que o tempo da prisão processual já transcorrido e o da pena fixada não trarão prejuízo prático ao réu com a fixação do regime fechado, pois se teve bom comportamento no cárcere já estará em condição de progredir para o regime semiaberto.

(...)

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para condenar o acusado como infrator do artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão no regime fechado e 13 dias-multa no valor unitário mínimo."

Relativamente à aplicação da causa de aumento relativa ao emprego de arma, entendo que a matéria já se encontra totalmente pacificada.

Tanto assim que a Súmula n.º 174 desta Corte, que autorizava o aumento, foi revogada, no seio do julgamento do Recurso Especial n.º 213.054/SP, na sessão de 24.10.01, da Terceira Seção deste Superior Tribunal. A partir de então, a jurisprudência deste Sodalício é uníssona em afastar a incidência da causa de aumento quando se tratar de arma de brinquedo.

Ora, referido enunciado que, anteriormente, autorizava a exasperação da pena quando do emprego de arma de brinquedo no roubo tinha como embasamento teoria de caráter subjetivo. Autorizava-se o aumento da pena em razão da maior intimidação que a imagem da arma de fogo causava na vítima.

Citado enunciado também foi questionado com o advento da Lei n.º 9.437/97, que criou o delito de uso de arma de brinquedo para a prática de crimes, que deu azo a imputações acoimadas de *bis in idem*: roubo com emprego de arma e crime de uso de arma de brinquedo (revogado pela Lei n.º 10.826/2003).

No entanto, 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 exegética 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".

De acordo com o magistério de LUIZ REGIS PRADO:

"De qualquer forma, convém salientar que a arma de brinquedo é inidônea para determinar o aumento de pena, já que a *ratio essendi* da qualificadora está sedimentada na potencialidade lesiva e no perigo que a arma real causa, e não no maior temor infligido à vítima." (*Manual de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito penal, São Paulo, RT, 2005, vol. 2, p. 443.)

E arremata:

"Na mesma linha, acolhe-se a manifestação da doutrina que pensa não ser possível caracterizar a majorante se a arma de fogo é inapta para produzir disparos; ou seja, se o meio utilizado é absolutamente inidôneo ao fim a que se destina, não há que se falar em *arma*, nos termos do inciso I." (*Op. cit.*, p. 444.)

Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO DE PENA. SIMULACRO. INEXISTÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. MAJORANTE NÃO CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. EXCLUSÃO PROCEDIDA.

1. A utilização de arma de brinquedo para intimidar a vítima do delito de roubo não autoriza o reconhecimento da causa de especial aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, cuja caracterização está vinculada ao potencial lesivo do instrumento.

MAJORANTE. AUMENTO DE PENA EM 3/8 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 443 DESTE STJ. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de uma causa de especial aumento prevista 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 autorizarem.

2. Verificando-se que a Corte de origem fixou a fração de 3/8 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.

EXECUÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS NS. 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. ALTERAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 33, § 2º, b, do CP estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos poderá iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais não se justifica a fixação do sistema carcerário mais gravoso com base unicamente em assertivas genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado. Súmula 440/STJ.

3. Na hipótese, o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, no modo inicial fechado, o qual foi firmado apenas com base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na reprovabilidade abstrata do delito.

4. *Habeas corpus* concedido para afastar da condenação do paciente a majorante do emprego de arma, reduzir o quantum de aumento na terceira fase da dosimetria para 1/3 (um terço), ficando a sua reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa e fixar o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal."

(HC 173.039/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/03/2011)

"*HABEAS CORPUS*. PACIENTE CONDENADO A 12 ANOS, 1 MÊS E 5 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, POR ROUBOS MAJORADOS (DUAS VEZES), VEDADO O APELO EM LIBERDADE. PLEITO DE ERRO MATERIAL NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO, AINDA QUE OCORRENTE A SUPOSTA IRREGULARIDADE, EM RAZÃO DA SENTENÇA TER RECONHECIDO SOMENTE OS DOIS ROUBOS PRATICADOS PELO PACIENTE. ARMA DE BRINQUEDO, SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. POSIÇÃO CONSOLIDADA NESTA CORTE SUPERIOR PELA NÃO OCORRÊNCIA DA MAJORANTE. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. DOSIMETRIA DA PENA. PACIENTE REINCENTE, COM ANTECEDENTES CRIMINAIS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SOMENTE PARA AFASTAR A QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO.

1. Verifica-se que o erro material constante na peça ministerial, que mencionou serem seis as condutas praticadas pelo paciente, não foi ratificado pela sentença, que o condenou pela prática de apenas dois roubos qualificados.

2. A Eg. Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp. 213.054/SP, cancelou a Súmula 174, entendendo que, em hipóteses tais, a majoração da pena somente tem lugar quando a arma tem real potencial ofensivo. Ressalva do ponto de vista do relator.

3. Na esteira dos precedentes dessa Eg. Corte, não há bis in idem quando existente condenação definitiva anterior suficiente para a caracterização da reincidência e distinta daquelas que serviram de supedâneo para assinalar os maus antecedentes do paciente, como ocorreu no caso dos autos.

4. Parecer do MPF pela concessão parcial da ordem.

5. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para afastar a majorante do emprego de arma de fogo."

(HC 157.390/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2010, DJe 02/08/2010)

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. POSSE TRANQUILA. DESNECESSIDADE PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARMA DE BRINQUEDO. CANCELAMENTO DA SÚMULA N.º 174 DO STJ. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Para a consumação do crime de roubo, basta que o agente tenha a posse da res furtiva, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo, pois, prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

2. Com o cancelamento da Súmula n.º 174 do Superior Tribunal de Justiça, ficou assentado o entendimento, segundo o qual, a simples atemorização da vítima pelo emprego da arma (de brinquedo) não mais se mostra suficiente para configurar a majorante, dada a ausência de incremento no risco ao bem jurídico, servindo, apenas, a caracterizar a grave ameaça, já inerente ao crime de roubo.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réus primários e com bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, § 2.º, alínea b, do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem concedida para, mantida a condenação, excluir a majorante do emprego de arma e alterar o regime prisional imposto, reformando o acórdão e a sentença, tão-somente, na parte relativa à dosimetria da pena, que fica quantificada em 05 anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, e 13 dias-multa."

(HC 87.630/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 14/12/2009)

Dessarte, passo a fixação da pena. Conservo a pena-base aplicada, a saber, 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa. Afastada a causa de aumento relativa ao uso da arma de fogo, acresço a reprimenda em 1/3 (um terço) pelo concurso de agentes, tornando a pena em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal.

Em relação à fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta, verifica-se a existência de constrangimento ilegal, pois o regime mais gravoso foi estabelecido tão-somente em face da gravidade abstrata do delito, 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 tal circunstância não é idônea 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 desta Corte:

"CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉ PRIMÁRIA. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO QUE NÃO AUTORIZA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CABÍVEL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE NÃO DENOTAM MAIOR GRAVIDADE OU A PERICULOSIDADE DA PACIENTE. ASPECTOS PRÓPRIOS AO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. Não obstante a existência de certa discricionariedade, pelo Julgador, na fixação do regime mais rigoroso, se faz necessária a pertinente fundamentação em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

II. A gravidade do ilícito e a periculosidade da agente, razões invocadas pelo magistrado singular ao impor o regime mais gravoso, não foram evidenciadas nos autos, já que a dinâmica do crime em nada difere das circunstâncias normais do delito de roubo duplamente qualificado.

III. Juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado à paciente que não constitui fundamentação idônea a permitir a fixação de regime mais gravoso para o desconto da reprimenda, se desvinculados de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa (Súmula/STJ nº 440).

IV. Tratando-se de ré primária, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, resta evidenciada a impossibilidade de fixação do regime semiaberto.

V. Deve ser concedida a ordem para confirmar a liminar anteriormente deferida, determinando que a paciente inicie o desconto da pena em regime semiaberto, bem como para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais proceda a análise dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a progressão da ré ao regime aberto.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator."

(HC 163.138/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 09/03/2011)

"*HABEAS CORPUS*. REGIME INICIAL FECHADO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REPRIMENDA FINAL ESTABELECIDADA EM 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO. ARTIGO 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719/STF E 440/STJ. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 33, § 2º, b, do CP, estabelece que o condenado à pena superior a 4 anos e que não exceda a 8, poderá iniciar o cumprimento da sanção no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do sistema carcerário mais gravoso com base unicamente em assertivas genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado.

3. Cumpre destacar que, recentemente, este Tribunal Superior sumulou o referido entendimento no verbete n. 440: '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'.

4. Na espécie, o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, o qual foi fixado com base apenas na gravidade abstrata do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Ordem concedida para estabelecer, a teor do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal, o modo inicial semiaberto ao paciente para o resgate da reprimenda."

(HC 176.038/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 01/02/2011)

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

52.535/RJ, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 17.08.2006, DJ 25.09.2006 p. 314.)

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."

Nesse mesmo sentido, confira-se o teor da Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

Ante o exposto, acolho o parecer e **concedo** a ordem para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, restabelecendo, portanto, a sentença condenatória.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0057651-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 167.585 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10883923 3052006 50060156341 993070828455

EM MESA

JULGADO: 14/04/2011

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. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR ALVES DE OLIVEIRA PAIXÃO

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 a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

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