



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 150.251 - RJ (2009/0199573-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : NELIO RICARDO ABADE PINTO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ROUBO. CONSUMAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE E MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 04 (QUATRO) ANOS E REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO.

I - O delito de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da **res** subtraída mediante grave ameaça ou violência.

II - Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a **res** saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência (**Precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal - RTJ 135/161-192, Sessão Plenária e ERESP N° 229.147/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 09/03/2005 - informativo n.º 238/STJ**).

III - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (**HC n° 39.030/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/04/2005**).

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da CF/88). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada. (**Precedentes do STF e STJ**).

V - **In casu**, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão da **personalidade do agente**.

VI - **Com efeito**, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (**Precedentes**).

VII - **Lado outro**, existe fundamentação concreta para elevar a pena-base um pouco acima do mínimo legal no que tange aos **maus antecedentes**, uma vez que estão justificados pelas condenações anteriores com trânsito em julgado.

VIII - Mostra-se apropriado o regime prisional inicialmente fechado para o sentenciado reincidente, condenado a pena superior a 04 (quatro) anos (**Precedentes**).

Ordem parcialmente concedida para redimensionar o **quantum** da pena privativa de liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.251 - RJ (2009/0199573-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de NELIO RICARDO ABADE PINTO, em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Criminal n.º 2009.050.05301.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, **caput**, do Código Penal, à pena de **05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de **40 (quarenta) dias-multa**.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. O e. Tribunal **a quo**, por maioria, deu parcial provimento ao apelo para redimensionar a pena imposta ao paciente para **05 (cinco) anos de reclusão** e pagamento de 31 (trinta e um) dias-multa, mantido o regime prisional. Eis a ementa do v. acórdão:

"APELAÇÃO. ROUBO SIMPLES. RECURSO DEFENSIVO VISANDO: ABSOLVIÇÃO, POR AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DA VIOLÊNCIA E TAMBÉM POR INEXISTIR GRAVE AMEAÇA. SUBSIDIARIAMENTE, SUSTENTA QUE O DELITO NÃO RESTOU CONSUMADO E TAMBÉM DESEJA O ARREFECIMENTO DAS PENAS E DO REGIME PRISIONAL, COM O RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. Não há a menor dúvida da prática delituosa, eis que a vítima narrou em juízo que caminhava em determinada via de circulação quando foi abordada pelo apelante que lhe disse 'fica quietinha, eu já estou seguindo você passa o que você tem'. Em seguida a vítima entregou o aparelho celular e o recorrente correu. Nos atuais dias de muito medo e violência, o tipo de abordagem acima citado pode e deve ser considerado como grave ameaça, até porque se assim não o for, chegaríamos ao ponto de reconhecer, e esta é a única saída, que a vítima teria feito uma doação do seu aparelho telefônico móvel, o que não ocorreu. Não há que se falar em prova da materialidade da violência, posto que o crime foi praticado através de grave ameaça, esta transeunte, não deixando vestígios. Quanto à tese do crime tentado, há que se salientar que a consumação do crime de roubo prescinde da posse mansa e pacífica da res furtiva, tampouco que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem deixe a esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a violência ou a grave ameaça indicadas como elementares do tipo e o apossamento da coisa, pouco importando se por breve espaço de tempo, conforme precedentes jurisprudenciais. Na hipótese, após o apossamento do rádio, através do roubo, o recorrente deixou o local correndo e somente foi preso momentos depois, por terceiros, o que demonstra a efetiva consumação do delito. Por fim, não há como aplicar a participação de menor importância, vez não ter havido concurso de pessoas. O recorrente foi o autor independente e único da conduta infracional. Quanto ao sancionamento, o apelante já foi condenado duas outras vezes por delitos patrimoniais (furto e roubo), o que rendeu um pequeno aumento nas penas básicas (seis meses e 20 dias-multa). Empós, em razão da agravante da reincidência, a magistrada aumentou as sanções em 01 ano e em 10 dias-multa, o que deve ser revisto para aplicação do aumento de 1/6 e reconhecer a atenuante da confissão, findando por fixar o regime fechado, único compatível com uma pena superior a 4 anos, sendo o condenado reincidente. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, na forma do voto do relator." (fls. 67/69)

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal no seu **status libertatis**. Alega, para tanto, que, embora reconhecida a consumação do delito, em verdade, o paciente o praticou na modalidade tentada. Ademais, defende que a pena-base deve ser reduzida ao mínimo pois a personalidade do agente não pode ser valorada negativamente, bem como ações penais em andamento não podem servir para a caracterização de maus antecedentes. Por fim, uma vez reconhecida a tentativa e refeita a dosimetria da pena, requer a fixação de regime prisional mais brando para início de cumprimento da reprimenda.

Informações prestadas às fls. 53/54.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 85/93, manifestou-se pela **denegação da ordem**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.251 - RJ (2009/0199573-6)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ROUBO. CONSUMAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE E MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 04 (QUATRO) ANOS E REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO.

I - O delito de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da **res** subtraída mediante grave ameaça ou violência.

II - Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a **res** saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência (**Precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal - RTJ 135/161-192, Sessão Plenária e ERESP Nº 229.147/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 09/03/2005 - informativo n.º 238/STJ**).

III - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (**HC nº 39.030/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/04/2005**).

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da CF/88). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada. (**Precedentes do STF e STJ**).

V - **In casu**, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão da **personalidade do agente**.

VI - **Com efeito**, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supedanear o aumento da pena-base (**Precedentes**).

VII - **Lado outro**, existe fundamentação concreta para elevar a pena-base um pouco acima do mínimo legal no que tange aos **maus antecedentes**, uma vez que estão justificados pelas condenações anteriores com trânsito em julgado.

VIII - Mostra-se apropriado o regime prisional inicialmente fechado para o sentenciado reincidente, condenado a pena superior a 04 (quatro) anos (**Precedentes**).

Ordem parcialmente concedida para redimensionar o **quantum** da pena privativa de liberdade.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Nas razões do presente **mandamus**, o impetrante pugna: **a)** pelo reconhecimento da tentativa do crime de roubo; **b)** pela redução da pena-base ao mínimo, pois a personalidade do agente não pode ser valorada negativamente, bem como ações penais em andamento não podem servir para a caracterização de maus antecedentes; **c)** pela alteração do regime inicial de cumprimento da pena.

Quanto ao **tópico "a"**, a questão enseja polêmica doutrinária e jurisprudencial por demais interessante. As posições em conflito apresentam argumentos respeitáveis. Todavia, inclino-me para a orientação seguida pelo **Pretório Excelso** no **RE 102490/SP** (por maioria, com dois votos vencidos), em **Sessão Plenária** (Relator: Ministro **Moreira Alves**), publicado na **RTJ 135/161-192**. Diz a ementa:

"Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência.

Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão.

Recurso extraordinário conhecido e provido." (RTJ 135/161).

No corpo do v. aresto tem-se:

"Quatro são as principais teorias que procuram caracterizar o momento da consumação do furto (e conseqüentemente, se aplicam, nesse particular, ao roubo):

a) a teoria da **contrectatio**, para a qual a consumação se dá pelo simples contacto entre o agente e a coisa alheia;

b) a teoria da **apprehensio** (para outros, **amotio**), segundo a qual se consuma esse crime quando a coisa passa para o poder do agente;

c) a teoria da **ablatio**, que tem a consumação ocorrida quando a coisa, além de apreendida, é transportada de um lugar para outro; e

d) a teoria da **illatio**, que exige, para ocorrer a consumação, que a coisa seja levada ao local desejado pelo ladrão para tê-la a salvo.

Nos países cujos Códigos Penais usam, para caracterizar o furto e o roubo, de expressões como "subtrair" ou "tomar" - assim, na Alemanha e na Espanha -, predomina, na doutrina e na jurisprudência, a utilização da teoria da **apprehensio** (ou **amotio**), em que é necessário apenas que a coisa passe, por algum espaço de tempo, para o poder do ladrão, ainda que não seja transportada para outro lugar, nem usada por ele. Na Alemanha - em que a ação que caracteriza o furto e o roubo é a Wegnahme) (subtração, tomada) -, é francamente dominante a teoria da **apprehensio** (ou da **amotio**) sustentada, entre outros, por Mezger (Strafrecht, II - Besonderer Teil, 6ª ed., § 45, 2, pág. 124, München und Berlin, 1958), Welzel (Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., § 48, 2, b, pág. 349, Berlin, 1969), Schoenke-Schroeder (Strafgesetzbuch, 11ª ed., § 242, IV, págs. 975 a 977, München und Berlin, 1963), **Petters-Preisendanz** (Strafgesetzbuch, 27ª ed., § 242, 4, págs. 427/428, Berlin, 1971). Todos eles salientam que, para consumir-se o furto (e também o roubo) basta que o agente faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a tê-lo ("Vollendet ist der Diebstahl, wenn es dem Täter gelungen ist, fremden Gewahrsam zu brechen und neuen. Gewahrsam zu begründen", acentuam **Petters-Preisendanz**, ob. cit., § 242, 4, pág. 427). E se o ladrão já se encontra em fuga, ainda que perseguido logo após o roubo, ele obviamente já consumou o crime, pois é indiscutível que fez cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa (que, por isso mesmo, tenta, por si ou por terceiro, retomá-lo), tendo-o para si.

Na Espanha - em que a ação é caracterizada pelo verbo **tomar** -, também é seguida, inclusive por sua Corte Suprema, a mesma teoria. A propósito, assinala **Cuello Calón** (Derecho Penal, tomo II, volumen segundo, 14ª ed., págs. 839 e segs. Barcelona, s/data) que "tomar",

"...en el texto legal significa apropiarse, traer a nuestro poder una cosa ajena. Asi, pues, el hecho, material del hurto no está constituido solamente por la mera



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aprehensión de la cosa es menester que el agente la sustraiga efectivamente de la custodia ajena y la traiga a su poder por un tiempo más o menos duradero. No es menester que la cosa sea trasladada a otro lugar, ni que llegue a ser utilizada por el culpable"

Em nota (nota 1, na mesma pág.), acrescenta:

"Esta significación de al palabra tomar concuerda por completo con la jurisprudencia del T. S. relativa al momento de consumación de hurto, que expondremos más adelante.

El misto sentido dan los penalistas alemanes a la expresión *wegnehmen* (llevar, tomar). En su opinión esta acción implica que el culpable quebrante la custodia ajena y que sea substituída por la propia o por otra posesión".

E, mais adiante, ao tratar da consumação do furto (e, em consequência, do roubo, pois, neste, a expressão "apoderarse" tem o mesmo sentido que "tomar", acentua **Calón** (págs. 850 e segs.) que "la doctrina hoy generalmente sustentada considera que el hurto se consuma cuando la cosa queda de hecho a la disposición del agente", e, após salientar que "con este criterio coincide la doctrina sentada últimamente por la jurisprudencia española que generalmente considera consumado el hurto cuando el culpable coge o aprehende la cosa y ésta quede por tiempo más o menos duradero bajo su poder", dá como exemplos jurisprudenciais de consumação os em que ao furto se segue a perseguição:

"En el momento en que el culpable toma la cosa ajena aunque la abandone al verse perseguido, 29 feb. 1944, desde que el culpable dispone de ella aunque sea momentáneamente, 22 nov. de 1952; análogos 27 sept. 1954, 10 mar. 1955; aunque no lleve a aprovecharse de la misma".

Já na Itália - em que a ação de furtar ou de roubar implica o apossamento por meio de subtração -, os trabalhos preparatórios do Código Penal vigente advertiam:

"Si mantiene il requisito dell'impossessamento come elemento essenziale del reato, ma si innova profondamente al Codice del 1889 nel determinare il momento nel quale l'impossessamento deve ritenersi verificato, facendo del l'impossessamento un termine correlativo dello spossessamento: "chiunque si impossessa della cosa mobile altrui sottraendola a colui che la detiene".

Deve, insomma, ritenersi verificato l'impossessamento, quando le circostanze di fatto rivelino che il detentore della cosa abbia perduto il potere di custodia e la disposizione fisica della cosa" ("Mantém-se o requisito do apossamento como elemento essencial do crime, mas se inova profundamente em face do Código de 1889 ao determinar-se o momento no qual o apossamento se deve ter como verificado, fazendo do apossamento um termo correlato do desapossamento: "quem quer que se apossa da coisa móvel alheia subtraindo-a do que a detém". Deve, em suma, ter-se como verificado o apossamento quando as circunstâncias de fato revelem que o detentor da coisa perdeu o poder de custódia e a disposição física da coisa") (**R. Mangini, F. P. Gabriel e U. Consentino, Codice Penale illustrato con i lavori preparatori**, pág. 503, Roma, 1930).

Daí a doutrina e a jurisprudência italianas predominantes sustentarem posição que Manzini (**Trattato di Diritto Penale Italiano**, IX, nova edição nº 3239, pág.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

167, Torino, 1952) assim resume:

"Il delitto (o furto) si consuma con l'impossessamento da parte del ladro e col conseguente spossessamento del derubato, fatto che si verifica nel momento e nel luogo in cui il colpevole, sottratta la cosa al detentore, l'ha a fatta passare nella propria detenzione, fuori o entro la sfera di possesso del derubato, definitivamente o per un tempo qualsiasi giuridicamente considerabile" ("O delito se consuma com o apossamento por parte do ladrão e com o conseqüente desapossamento da vítima, fato que se verifica no momento e no lugar em que o culpado, subtraída a coisa do detentor, a fez passar para sua própria detenção, fora da esfera da posse da vítima ou dentro dela, definitivamente ou por qualquer tempo juridicamente digno de consideração").

Por isso mesmo, e **Manzini** (ob. cit., nº3.237, págs. 153/154) o ilustra com inúmeras decisões judiciais, há esse apossamento, com o conseqüente desapossamento da vítima, não só quando o ladrão a conduz a lugar sujeito ao seu poder de custódia, mas também quando a põe em outra custódia idônea à sua disposição (em razão do que a Cassação, em 16-3-1959, decidia: "o furto é consumado ainda que o ladrão, depois de haver subtraído a coisa da disponibilidade do proprietário, tenha sido surpreendido quando ainda se achava na esfera jurídica da vítima"), ou a coloca num esconderijo, ainda que no seu próprio corpo (já em 1936, a Corte de Cassação considerava consumado o furto quando subtraído um objeto de um cômodo de um apartamento e escondido no próprio ladrão, não o conseguia levá-lo para fora, por haver sido surpreendido).

No mesmo sentido, acentua **Maggiore** (Diritto Penale, vol. II, tomo primeiro, 3ª edição, pág. 919, Bologna, 1948):

"Basta quindi il togliere la cosa alla disponibilità del possessore - anche mediante semplice occultamento - perchè el furto sia consumato. E consumato é il furto comesso in un abitazione, appena il ladro abbia rimpiazzata la cosa in tasca o altrove, sia a non sia uscito dalla casa. Nella teoria del codice, apossessamento equivale a impossessamento, anche se la cosa non sia materialmente nel dominio del colpevole" ("Basta, na verdade, o tirar a coisa da disponibilidade do possuidor - ainda mediante simples ocultação - para que o furto seja consumado. E consumado é o furto cometido em uma habitação, apenas o ladrão haja escondido a coisa no bolso ou em outro lugar, tenha, ou não, saído da casa. Na teoria do Código, o desapossamento equivale ao apossamento, mesmo se a coisa não esteja materialmente no domínio do culpado").

As opiniões em contrário - que são minoritárias - se rebelam, em face dos termos do Código Penal Italiano, que alude a subtração e o apossamento, contra o entendimento majoritário de que subtração e apossamento são aspectos opostos do mesmo fenômeno, conforme seja este considerado pelo lado da vítima ou pelo lado do ladrão, e sustentam que, além da subtração, é necessário o apossamento, de modo que ao antigo possuidor (a vítima) se substitua o novo possuidor (o ladrão), o que só ocorre quando este - o ladrão - tem disponibilidade sobre a coisa de modo autônomo, e, portanto, fora do círculo de vigilância da vítima. Os que assim entendem consideram que o elemento material do furto, em última análise, é a substituição da posse da vítima pela posse do ladrão, posse esta que só ocorre quando este tem disponibilidade autônoma sobre a coisa. Por isso, Antolisei (*Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I, 3ª edição, págs. 211/213, Milano, 1957) e Foschini (*Il momento consumativo del furto, in Reati e Pene, Studi*, págs. 13 e segs., Milano, 1960), por entenderem que não há ainda apossamento nos casos em que alguém se apodera de coisa da vítima na casa desta - ou a oculta ali para posterior retirada - e é preso antes de sair dela, se manifestam contra a opinião dominante que sustenta a consumação do furto mesmo nessas hipóteses. Mas, em geral, não sustentam esses autores que só há consumação do furto (e, portanto, igualmente do roubo) se o ladrão tiver posse tranqüila da coisa furtada, pela impossibilidade de reação da vítima para reaver a coisa que lhe foi subtraída. Foschini (ob. cit., págs. 30/31), ao figurar a hipótese em que a vítima e o ladrão entra em luta pela coisa (aquela para manter sua posse e este para apossar-se da coisa), admite que ambos têm composses enquanto estão agarrados à coisa, mas, no momento em que o ladrão consegue tirá-la da vítima, o furto se consuma ("Se il ladro riesce a togliere il bastone dalle mani del soggetto passivo del reato, egli ha compiuto la sottrazione ed il furto risulta consumato), consumação que, por ser instantânea, não deixa de existir pelo fato de a vítima vir a perseguir o ladrão e, afinal, subjugar-lo.

Como se vê, também na Itália a teoria seguida é a da **apprehensio**. A divergência se situa, apenas, na caracterização do que vem a ser apreensão. Enquanto a doutrina dominante - e o mesmo sucede com a jurisprudência - entende que a subtração e apossamento (que é, no caso, a apreensão) são correlatos, sendo que a apreensão se verifica no momento em que a coisa é retirada do poder da vítima ainda que não fique no poder do ladrão (como sucede com o punquista que ao puxar a carteira do bolso da vítima a deixa cair ao chão), as opiniões dissidentes, por via de regra, admitem que haja subtração sem o conseqüente apossamento (apreensão), e só consideram consumado o furto quando se dê o apossamento por parte do ladrão, e, para caracterizá-lo, têm de conceituar o que é a apreensão como meio de aquisição da posse.

Essa segunda colocação - que, em última análise, só tem como consumada a subtração quando, além de ser a coisa retirada do poder da vítima, o ladrão passa a tê-la em seu poder (em outras palavras: é preciso que à posse da vítima se substitua a posse do ladrão) - se situa também no âmbito da teoria da **Apprehensio**, e é a que se me afigura correta ainda nos países em que o Código Penal não alude a apossamento por subtração, mas se adstringe a referir-se a esta, como sucede na Alemanha, na Espanha e no Brasil. **Welzel** (ob. cit., §48, b, pág. 349) observa que a subtração só se consuma quando em lugar do antigo titular do poder de fato sobre a coisa (a vítima) surge um novo (o ladrão) ("Die Wegnahme ist vollendet, wenn an die Stelle des alten Gewahrsamsinhabers der neue getreten ist - "Apprehensions-theorie").

O problema, portanto, é saber quando é que ocorre o início da posse do ladrão pela apreensão, e, conseqüentemente, a extinção da posse da vítima.

Alguns autores - como **Antolisei** (ob. cit., pág. 211) - sustentam que a posse tem, no direito penal, conceito diverso da posse no direito civil. E, com base nisso, caracterizam a apreensão (ou seja, o apossamento pelo ladrão) como entendem que deveria ser ela caracterizada. Por isso, ora aludem a que o apossamento só se verifica quando há disponibilidade autônoma da coisa pelo ladrão, ora se referem à necessidade, para ocorrer o apossamento, de que a coisa tenha saído da esfera de vigilância da vítima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A essa posição - a de que o conceito de posse no direito penal é diverso do conceito de posse no direito civil - há uma objeção que se me afigura irrespondível, e que assim é sintetizada por **Foschini** (ob. cit., pág. 25), com apoio nos trabalhos específicos de **Panain** e de **Verna**:

"Che la dizione "possesso" debba intendersi nel significato che le dà il diritto civile, è dimostrato principalmente dalle inanity di ogni sforzo diretto a precisare validamente e scientificamente un diverso concetto di possesso da valere nei limite del diritto penale, poichè questo non indica nessun criterio obiettivo sicuro che possa servire di base per una nozione diversa da quella civilistica" ("Que a expressão "posse" deva entender-se no sentido que lhe dá o direito civil é demonstrado principalmente pela inutilidade de todo esforço dirigido a precisar válida e cientificamente um diverso conceito de posse para valer nos limites do direito penal, pois este não indica nenhum critério objetivo seguro que possa servir de base para uma noção diversa da civilística").

Com efeito, se a lei penal não tem elementos de que se possa extrair, indubitavelmente, um conceito penalístico de posse diverso do que lhe dá o direito civil - e essa ausência de elementos ocorre, indiscutivelmente, no furto e no roubo -, não tem sentido que, em se tratando de direito penal cuja segurança dos conceitos é garantia indispensável à liberdade, se deixe ao critério subjetivo da doutrina ou dos juízes a fixação do que vem a ser posse para o direito penal, ao invés de se observar a sua disciplina legal no campo do direito - que é o civil - onde se elaborou esse conceito. Plenas de verdade são estas palavras de **Panain** (apud de Marsico, Nuovi Studi di Diritto Penale, pág. 246, Napoli, 1951):

"Il principio è questo: quando si tratta di un termine adoperato per designare un istituto, che ha in altro ramo del diritto una sua propria configurazione tecnica, la presunzione è che anche il diritto penale lo assume con lo stesso significato, giacchè il diritto è unico e la concezione degli istituti, come l'uso dei termine, devono essere quanto più possibile unitari e propri" ("O princípio é este: quando se trata de um termo adotado para designar um instituto, que tem em outro ramo do direito sua própria configuração técnica, a presunção é que o direito penal o assume com o mesmo significado, pois o direito é único e a concepção dos institutos, como o uso dos termos, devem ser o mais possível unitários e próprios").

No Brasil, **Heleno Cláudio Fragoso** (Lições de Direito Penal, Parte Especial, arts. 121 a 212, nº 279, pág. 264, Rio de Janeiro, 1983), ao tratar do objeto da tutela jurídica em se tratando de furto, e depois de salientar que a propriedade é atingida pela subtração e a posse pela apropriação, reconhece que:

"Para o conceito de propriedade e de posse, deve buscar-se a noção de Direito Civil. Não existem conceitos de posse e propriedade peculiares ao Direito Penal".

Ora, em direito civil brasileiro, há posse da coisa quando ocorre, de fato, o exercício dos poderes inerentes à propriedade (art. 485 da C. Civil); ela se adquire inclusive por apreensão (artigo 493, I) e se perde, também, "pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido ou reintegrado em tempo competente" (artigo 520, IV), sendo certo ainda que não induzem posse os atos violentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade (artigo 497), e que o possuidor esbulhado poderá restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo (artigo 502).

Por aí se vê, sem maior esforço, que, para haver a aquisição da posse por apreensão e a conseqüente perda da posse contra a vontade do antigo possuidor, é preciso que se tenha poder de fato sobre a coisa, imediatamente depois de cessada a clandestinidade ou a violência, tanto assim que o possuidor esbulhado (e, portanto, o que perdeu a posse pela apreensão de outrem) poderá restituir-se (o que implica dizer: recuperar a posse) por sua própria força, se agir imediatamente, ou após breve intervalo de tempo. Por isso, diz Clovis Bevilacqua (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. 3, 3ª ed., pág. 31, Rio de Janeiro, 1930) - para quem o logo só devia ser entendido como **in continenti**, não admitindo (ao contrário da doutrina dominante) também o breve intervalo - que:

"O desforço deve ser em ato contínuo, imediato. Se se trata de coisa móvel, o esbulhado pode perseguir o esbulhador, que procura fugir com o objeto, e retomar-lho".

O esbulho se concretiza com a tomada violenta ou clandestina do objeto no instante em que cessou a violência ou a clandestinidade, e o ato de perseguição e de retomada já constituem etapas da reintegração na posse por desforço imediato. **Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão.**

Com base em que, senão no arbítrio, se poderá pretender, no Brasil, que alguém quando subtrai coisa alheia por ato violento ou clandestino, cessada a violência ou a clandestinidade, ainda não é possuidor, mas meramente detentor enquanto não sair da esfera de possibilidade de vir a ser seguido, de imediato, pela vítima? O Código Civil é categórico no sentido de que há, nesses casos, posse imediatamente após a cessação da violência ou da clandestinidade, tanto assim que o esbulhado pode recuperar a posse perdida se a retomar do esbulhador ainda que em virtude de perseguição imediata. E o Código Penal não caracteriza o furto como subtração de coisa alheia móvel com fuga feliz ..., que a tanto vale dizer - sem apoio em qualquer lei penal, ou não - que não há subtração sem posse tranqüila.

Se o ladrão em fuga, embora perseguido - e a perseguição pode prolongar-se por tempo dilatado - pode, inclusive, destruir a coisa em seu poder por ato seu de vontade, é possível pretender-se que ele não tenha disponibilidade autônoma dessa mesma coisa?

Para sustentar o contrário, Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal, vol. VII, 4ª edição, nº 7, págs. 25 a 27, Forense, Rio de Janeiro, 1980), sem demonstrar que, em nosso direito, há um conceito especial de posse no direito penal (e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não há), criou um sistema possessório próprio, totalmente contrário ao único existente na legislação do país que é o do direito civil, com a criação de conceitos novos - assim, o de "posse exclusiva e sossegada do ladrão" como meio de "perda da posse, em desfalque do domínio"; e - o que é pior - com incoerências sérias, como a afirmação de que "enquanto dura a perseguição ..., não se pode dizer que o proprietário haja perdido a posse da coisa, isto é, que tenha cessado a sua posse para instaurar-se a do ladrão" e que é incompatível com a que se lhe segue, segundo a qual "...não é espoliado patrimonialmente o **dominus** que, atacado na sua posse, a defende **in continenti** e a retoma", e isso porque só se retoma posse que se perdeu, e o proprietário perseguidor não a teria perdido... O mais curioso, porém, é que, depois de Nelson Hungria dizer que para haver perda da posse pela vítima é preciso que o ladrão tenha a possibilidade de disposição livre e tranqüila da coisa, considera, no entanto, consumado o furto "da criada que sub-repticiamente empolga uma jóia da patroa e a esconde no seio ou mesmo nalgum escaninho da casa, para, oportunamente, sem despertar suspeitas, transportá-la a lugar seguro" hipótese em que a criada não tem, obviamente, a possibilidade de disposição livre e tranqüila, e hipótese em que, para o nosso sistema jurídico (a posse só surge quando cessa a clandestinidade), haveria, aí sim, mera detenção. E com o reconhecimento de consumação do furto nesses casos, acaba o requisito de que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, requisito esse que é o complemento indispensável da posse sossegada como meio de apreensão capaz de determinar a perda da posse do lesado" (RTJ 135/166-172).

Nesta linha, aliás, tem-se:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. DESNECESSIDADE DA POSSE TRANQUILA DA **RES FURTIVA**. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui orientação pacífica no sentido de que se considera consumado o crime de roubo no momento em que, cessada a clandestinidade ou violência, o agente se torna possuidor da res furtiva, **ainda que por curto espaço de tempo, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima, incluindo-se, portanto, as hipóteses em que é possível a retomada do bem por meio de perseguição imediata.**

2. Não logrando o agravante trazer argumentos hábeis a ensejar a modificação da decisão impugnada, fica ela mantida por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 988.273/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 09/03/2009).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MÍNIMO LEGAL. SÚMULA Nº 231/STJ. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. INVERSÃO DA POSSE. DESNECESSIDADE.

1. "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." (Súmula do STJ, Enunciado n.º 231).

2. A jurisprudência da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou-se na compreensão de que a consumação do delito de roubo não depende de efetiva inversão da posse, bastando-lhe a "posse momentânea".

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1031193/RS, 6ª Turma, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJe de 12/08/2008).

"AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. CONSUMAÇÃO DO DELITO. POSSE TRANQUÍLA DA RES. DESNECESSIDADE.

1. Cabe esclarecer que esta Corte e o Supremo Tribunal adotaram a teoria da **apreensão**, também denominada de **amotio**, no que se refere à consumação do crime de roubo, basta, portanto, que o bem subtraído passe para o poder do agente, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

2. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1035115/RS, 5ª Turma, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 20/10/2008).

"CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MOMENTO CONSUMATIVO DO CRIME DE ROUBO. DESNECESSIDADE DE QUE O BEM SAIA DA ESFERA DE VIGILÂNCIA DA VÍTIMA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I – O delito de roubo consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes do STJ e do STF.

II - Embargos acolhidos."

(EResp 229147/RS, 3ª Seção, Rel. Min. **Gilson Dipp**, DJU de 01/08/2005).

Desta forma, da análise atenta dos autos verifica-se que, **in casu**, o delito de roubo se consumou. Tem-se no v. acórdão guerreado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Restou provado que, depois de realizado o roubo, a vítima partiu no encalço do recorrente, fazendo o trajeto presumivelmente feito por ele, logrando encontrá-lo em outra rua, quando foi retirado de ônibus e contido por populares ainda na posse do aparelho da vítima.

Portanto, o delito de roubo se consumou com a cessação da grave ameaça exercida pelo roubador, já estando com a coisa apreendida em seu poder. Neste momento adquiriu a posse." (fl. 77)

Quanto ao **tópico "b"** - fixação da pena-base acima do mínimo legal sem motivação idônea - a súplica prospera em parte.

Vejamos o que consta da r. sentença condenatória, na parte referente à dosimetria da pena:

"Atendendo às diretrizes e normas dos arts. 59 e 68 do CP, considerando sua culpabilidade, o dolo normal da conduta, as circunstâncias, e os motivos do crime, sua personalidade desvirtuada demonstrando que não pretende a inserção social através do trabalho construtivo diante de seus antecedentes criminais, fixo a pena base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 dias-multa, que aumento em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, diante da reincidência, fls. 40/41, alcançando a pena 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, na proporção de 1/30 do salário mínimo, que torno definitiva, a mínima de outras causas especiais ou gerais de aumento e de diminuição." (fl. 23)

O v. acórdão objurgado reformou parcialmente a sentença no ponto, nos seguintes termos:

*"No que concerne a dosimetria, merece pequeno reparo a sentença, pois a magistrada deixou de reconhecer a atenuante da confissão espontânea e também exasperou em demasia o **quantum** da agravante da reincidência.*

(...)

Ao contrário do que está na sentença, o recorrente confessou integralmente o crime de roubo no seu interrogatório de fl. 77, esclarecendo ao juízo que, ao pegar o celular da vítima, 'disse que aquilo era um assalto'. Apenas negou que tivesse ameaçado a vítima de morte, fato corroborado pelas palavras da vítima. Logo, deve ser reconhecida a atenuante da confissão.

Cumpre também esclarecer que foi elevado e desproporcional o incremento de 1 ano e 10 dias-multa na segunda fase, em razão da reincidência, pelo que a valoração da circunstância agravante encontra melhor equilíbrio no aumento equivalente a fração de 1/6.

Assim, a resposta penal deve ser alterada e, observado o critério trifásico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 68 do Código Penal, ficam mantidas as considerações da sentença acerca das circunstâncias judiciais e **quantum**, fixado em 04 anos e 06 meses de reclusão e 30 dias-multa. Em seguida, a pena deve ser acrescida de 1/6 em razão da reincidência, o que resulta em 05 anos e 03 meses, e 35 dias-multa, e, pela atenuante da confissão espontânea, diminuo em 03 meses e 04 dias-multa, tornando definitiva a reprimenda em 05 anos de reclusão e 31 dias-multa." (fls. 80/82)

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC nº 39.030/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/04/2005).

De uma leitura do trecho acima transcrito, entendo que houve violação ao **art. 59 do Código Penal** uma vez que a pena, para ser fixada acima do mínimo legal, exige fundamentação **concreta** e **vinculada**. Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. O **princípio do livre convencimento fundamentado** ou da **persuasão racional** não o permite (art. 157, 381, 387 e 617 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, 2ª parte da **Lex Maxima**). Assim, a ausência de fundamentação indica **error in procedendo**.

É orientação do **Pretório Excelso**, in verbis:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A SEIS MESES DE RECLUSÃO PELA PRÁTICA DE LESÃO CORPORAL. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUANTO À MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E DE FALTA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE O BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA REPRIMENDA (CP, ART. 77). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

A fixação da pena-base acima de seu mínimo legal deve apoiar-se em elementos concretos, objetivamente demonstrados, que justifiquem a exasperação, não se mostrando suficiente, para tal fim, a simples referência ao texto genérico da lei (CP, art. 59).

Neste panorama e não sendo possível aferir, nem mesmo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

partir de uma análise global da motivação, os elementos considerados pelo julgador quando da majoração do castigo, é de se deferir a ordem de habeas corpus, fixando-se a pena em seu mínimo legal, eis que os elementos dos autos autorizam que se tome, desde logo, esta medida.

Não tendo ocorrido provocação formal da autoridade coatora, a respeito da concessão do sursis (CP, art. 77), não pode o Supremo Tribunal Federal apreciar a questão, pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus parcialmente deferido."

(HC 85033/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 27/05/2005).

"Habeas corpus. Falta de fundamentação para a fixação da pena acima do mínimo. Habeas corpus concedido em parte para que, mantida a conclusão condenatória, voltem os autos da ação penal à primeira instância, a fim de que, fundamentadamente, se fixe a pena a ser aplicada ao paciente."

(HC 82796/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 13/06/2003).

"Individualização da pena: motivação: inidoneidade. Não se prestam a motivar a exacerbação da pena-base nem circunstâncias elementares do tipo, nem a opinião do Juiz sobre o desvalor em abstrato da figura penal."

(HC 79949/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 04/08/2000).

E ainda: STF, HC 69419/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 28/08/92, p. 13.455; STF, HC 70250/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 03/09/93, p. 17.744; STF, HC 69141/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28/08/92, p. 13.453; STF - HC 69334/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 04/09/92 etc.

Na mesma linha tem decidido **esta Corte:**

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal deve estar apoiada em elementos concretos que permitam a valoração negativa de, ao menos, alguma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

2. Considerações vagas, desvinculadas de dados concretos, a respeito da culpabilidade e da personalidade do agente são insuficientes para justificar a elevação da pena além do mínimo legal.

3. Somente devem ser consideradas como maus antecedentes criminais condenações com trânsito em julgado, excluídas as que configuram reincidência. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas.

4. A ausência de proporcionalidade entre a fundamentação e a reprimenda imposta implica constrangimento ilegal sanável pela via eleita, porquanto, da mera leitura dos autos, verifica-se inequívoca ofensa aos critérios legais (art. 59 do Código Penal) que regem a dosimetria da resposta penal.

5. Ordem concedida para anular o acórdão e a sentença impugnados no tocante à dosimetria da pena e, assim, redimensionar a pena do paciente, fixando-a em 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, bem como determinar ao Juízo das Execuções Penais que aplique a pena restritiva de direitos e imponha as condições de seu cumprimento, como de direito".

(HC 65968/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 12/03/2007).

"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 12, § 1º, II, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICO). SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. REGIME. PROGRESSÃO. POSSIBILIDADE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados. (**Precedentes**).

II - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base. (**Precedentes**).

III - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos.

Writ concedido.

Habeas corpus concedido de ofício para afastar o óbice à progressão de regime."

(HC 64663/RJ, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 26/02/2007).

"PENAL E PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVOS CONCRETOS NÃO-APONTADOS. ART. 59 E 68 CP. MÉTODO TRIFÁSICO. INOBSERVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

Ao fixar a pena, mister a observância, pelo magistrado, do procedimento estabelecido no art. 59 e art. 68 do Código Penal, em consonância com os dispositivos constitucionais, mormente a garantia fundamental insculpida no art. 93, IX da Carta Política, que estabelece que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)".

O édito constritivo de liberdade deve ser concretamente fundamentado, com a exposição dos elementos reais e justificadores de que a pena-base aplicada no mínimo legal se mostra insuficiente ante os fatos expostos no processo.

A reincidência é circunstância agravante que deve ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena, e não na pena-base.

O quantum referente à aplicação de causa de aumento de pena - associação eventual para o tráfico - deve vir explicitado e embasado, sob pena de nulidade.

Ordem concedida."

(HC 33200/SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Paulo Medina**, DJU de 26/02/2007).

"CRIMINAL. **HC**. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APLICAÇÃO DA PENA. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE COMUM A TODOS. NULIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I. A análise genérica das circunstâncias judiciais, englobando todos os acusados no mesmo contexto, torna insanável o vício na aplicação da pena, mormente no caso dos autos, em que a pena-base foi fixada em patamar superior ao mínimo legal.

II. A individualização da reprimenda exige a aferição aprofundada da conduta praticada e das condições pessoais de cada um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos acusados, pautando-se pela análise individualizada das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

III. Deve ser cassado o acórdão atacado, bem como a sentença proferida pelo Juiz monocrático, apenas na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja proferida, com nova e adequada fundamentação no que diz respeito à pena-base.

IV. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator."

(HC 53539/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 05/02/2007).

Da análise dos autos, verifica-se que a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento da pena em razão da **personalidade do agente**.

De fato, é lamentável que ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador (que, de regra, não é psiquiatra e nem psicólogo - não sendo, portanto, expert) possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. MINORANTE (TEXTO LEGAL VINCULADO). PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 44, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 (NOVATIO LEGIS IN PEJUS). NECESSIDADE DE EXAME DE QUAL LEI, EM SUA INTEGRALIDADE, SERIA MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segunda parte da Lex Maxima). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. (Precedentes).

II - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

III - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, bem como de sua conduta social, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de justificar o aumento da pena-base (Precedente).

IV - In casu, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau, mantida pelo e. Tribunal a quo, apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Não existem argumentos suficientes a justificar, assim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

(...)

Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base ao mínimo legal e, reconhecida a vedação à combinação de leis, determinar que o Juízo da Vara de Execuções analise qual lei apresenta-se mais favorável ao paciente."

(HC 126.543/RJ, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 14/09/2009).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. MATÉRIA NÃO-SUSCITADA NO TRIBUNAL A QUO. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DO TEMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO DESVINCULADA DE DADOS CONCRETOS. IMPOSSIBILIDADE. LATROCÍNIO TENTADO. CONDOTA DIRIGIDA À SUBTRAÇÃO DE BENS NA SUA UNIVERSALIDADE. VIOLÊNCIA EXERCIDA CONTRA UMA SÓ PESSOA. CRIME ÚNICO. AUSÊNCIA DE CONCURSO FORMAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

(...)

3. No caso, verifica-se que o magistrado sentenciante valorou negativamente a personalidade do agente, limitando-se a constatar, de forma genérica e vaga, que o paciente apresenta "transtornos antissociais" decorrentes da dificuldade de se amoldar às regras de convivência social e lucro lícito, não havendo fundamentação concreta que justifique a elevação da pena-base.

4. No mesmo sentido, constitui o lucro fácil motivo comum a todos os delitos patrimoniais, não se podendo daí extrair maior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovabilidade da conduta do paciente, a justificar a majoração da reprimenda. Precedente do STJ.

(...)

*7. Ordem parcialmente concedida para declarar a nulidade da sentença no tocante à reprimenda imposta ao paciente, especificamente quanto às circunstâncias judiciais atinentes à personalidade e aos motivos, devendo outra decisão, com idônea motivação, ser proferida. **Habeas Corpus** concedido, de ofício, para reconhecer, no tocante ao latrocínio, a existência de crime único, retirando-se a causa de aumento relativa ao concurso formal."*

(HC 83.326/BA, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 09/03/2009).

Lado outro, há fundamentação concreta para elevar a pena-base acima do mínimo legal no que tange aos **maus antecedentes** do agente.

De fato, consoante entendimento sufragado pela jurisprudência desta Corte e do **Pretório Excelso**, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base.

Contudo, verifica-se que o paciente ostenta **duas** condenações pretéritas com trânsito em julgado (certidão de antecedentes de fls. 13/15) que não foram, por sua vez, duplamente consideradas para efeitos de reincidência.

Portanto, conclui-se que não existem argumentos suficientes aptos a justificar, no caso, a fixação da pena-base no patamar indicado na sentença com base na personalidade do agente. Entretanto, a pena ainda deve permanecer um pouco acima do mínimo legal em razão do desfavorecimento de uma circunstância judicial do art. 59 do CP, qual seja, os **maus antecedentes** do agente.

Assim, a pena-base deve ser fixada um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em **4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão**.

Mantenho o aumento da pena-base em 1/6 (um sexto), conforme constante do v. acórdão, que reformou, no ponto, a r. sentença condenatória, em razão da reincidência, o que resulta em **4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**.

Em razão do reconhecimento da confissão espontânea pelo v. acórdão recorrido, mantenho a diminuição da pena em 3 (três) meses, fixando-a, definitivamente, em **4**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(quatro) anos, 8 (oito) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Feitas essas considerações, passo à análise do pedido de **fixação do regime prisional** menos gravoso para início de cumprimento da reprimenda.

A irresignação, neste ponto, **não merece prosperar.**

Com efeito, pacífico o entendimento no sentido de que o deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a completa inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

No caso, embora a reprimenda imposta ao paciente tenha sido **redimensionada**, verifica-se que ostenta circunstância judicial desfavorável, qual seja, a referente aos maus antecedentes, e é reincidente. Assim, **mantenho** o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda. Confirmam-se, aliás, alguns julgados desta Corte que corroboram esse posicionamento:

*"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ROUBO MAJORADO. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO. FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À OCORRÊNCIA DAS MAJORANTES. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. REINCIDÊNCIA.*

(...)

IV - Verificando-se a reincidência do paciente, é apropriado o regime prisional inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda (Precedentes).

(...)

***Habeas corpus** parcialmente concedido."*

*(HC 97.882/SP, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 05/05/2008).*

*"**HABEAS CORPUS**. CONDENAÇÃO POR LESÃO CORPORAL GRAVE. INCIDÊNCIA DE QUATRO QUALIFICADORAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA.*

1. No processo de individualização da pena, cabe ao Julgador analisar as determinações contidas no art. 59 do CPB, fundamentadamente, de modo a demonstrar qual a reprimenda adequada e suficiente para o cumprimento das finalidades retributiva e preventiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da sanção penal.

2. As circunstâncias do crime, que não constituem elementos próprios do tipo penal de lesão corporal (consequências gravíssimas, o motivo fútil e o **modus operandi** - à traição) apontaram uma maior reprovabilidade da conduta do agente, suficientemente apta a elevar a reprimenda acima do percentual mínimo previsto em lei.

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, pormenorizadamente individualizadas, não há qualquer ilegalidade ou abuso na fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da reprimenda.

4. Ordem denegada, em conformidade com parecer ministerial."

(HC 63.092/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 08/10/2007).

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem para redimensionar a pena-base imposta ao paciente e fixar a pena definitiva em **4 (quatro) anos, 8 (oito) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**, mantida, no mais, a condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0199573-6

HC 150.251 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080012502862 200905005301

EM MESA

JULGADO: 02/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : NELIO RICARDO ABADE PINTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de setembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário