



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 156.541 - RJ (2009/0241120-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DILARA ESTEPHÁ HENRIQUES PEREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : VAILSON CERQUEIRA SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. 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 PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. PATAMAR DO AUMENTO DE PENA PELAS MAJORANTES DO CRIME FUNDAMENTADO. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO PELA TENTATIVA. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. MODIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVA. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. A verificação dessa conclusão só seria possível com o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via estreita do *habeas corpus*.

4. A exasperação da pena, acima do patamar mínimo, na terceira fase, foi adequadamente fundamentada no efetivo uso da arma no crime, que deu ensejo a um tiroteio em plena via pública, colocando em risco a integridade física da vítima e das demais pessoas que se encontravam no local. Constrangimento ilegal inexistente. Precedentes.

5. O acórdão de apelação impugnado entendeu que o ora Paciente percorreu quase todo o *iter criminis* do roubo, pois abordou a vítima e anunciou o assalto, que só não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, porque o ofendido reagiu. Nesse contexto, de acordo com o critério objetivo sufragado nesta Corte Superior de Justiça, irretocável, a diminuição pela tentativa imposta.

6. Modificar o entendimento sobre a maior ou menor proximidade da consumação do crime, adotado pela instância ordinária, necessariamente, ensejaria exame minucioso do conjunto fático-probatório dos autos, o que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vedado na via estreita do *habeas corpus*.

7. Ao condenado reincidente que teve consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e cuja pena imposta foi inferior a quatro anos de reclusão, aplica-se o regime prisional semiaberto. Incidência da Súmula n.º 269 desta Corte.

8. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena aplicada ao Paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de março de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 156.541 - RJ (2009/0241120-9)

IMPETRANTE : DILARA ESTEPHÁ HENRIQUES PEREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : VAILSON CERQUEIRA SANTOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de VAILSON CERQUEIRA SANTOS, condenado como incurso no crime de roubo qualificado tentado, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, dando parcial provimento ao apelo defensivo, reduziu a pena do ora Paciente para 03 anos e 07 meses de reclusão, em regime fechado.

Busca o Impetrante, repisando as razões do recurso defensivo, "*o afastamento da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo, a redução do aumento de pena em função da presença de qualificadoras, a adoção de maior redução pela em virtude da tentativa e a fixação do regime semiaberto*" (fl. 03).

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 72/83, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 156.541 - RJ (2009/0241120-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. 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 PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. PATAMAR DO AUMENTO DE PENA PELAS MAJORANTES DO CRIME FUNDAMENTADO. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO PELA TENTATIVA. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. MODIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVA. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. A verificação dessa conclusão só seria possível com o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via estreita do *habeas corpus*.

4. A exasperação da pena, acima do patamar mínimo, na terceira fase, foi adequadamente fundamentada no efetivo uso da arma no crime, que deu ensejo a um tiroteio em plena via pública, colocando em risco a integridade física da vítima e das demais pessoas que se encontravam no local. Constrangimento ilegal inexistente. Precedentes.

5. O acórdão de apelação impugnado entendeu que o ora Paciente percorreu quase todo o *iter criminis* do roubo, pois abordou a vítima e anunciou o assalto, que só não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, porque o ofendido reagiu. Nesse contexto, de acordo com o critério objetivo sufragado nesta Corte Superior de Justiça, irretocável, a diminuição pela tentativa imposta.

6. Modificar o entendimento sobre a maior ou menor proximidade da consumação do crime, adotado pela instância ordinária, necessariamente, ensejaria exame minucioso do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado na via estreita do *habeas corpus*.

7. Ao condenado reincidente que teve consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e cuja pena imposta foi inferior a quatro anos de reclusão, aplica-se o regime prisional semiaberto. Incidência da Súmula n.º 269 desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena aplicada ao Paciente.

VOTO

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

Narram os autos que o ora Paciente foi condenado à pena de 04 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, c.c. art. 14, inciso II, do Código Penal, por tentar, com o auxílio do corréu e mediante arma de fogo, subtrair os pertences da vítima que, por se tratar de policial civil, reagiu ao assalto disparando sua arma contra os assaltantes, que se evadiram do local sem consumir a subtração.

O Juízo sentenciante, na fixação da reprimenda do Paciente e seu corréu, teceu as seguintes considerações, *in verbis*:

"[...] inexistindo qualquer outra circunstância judicial digna de registro, fixo-lhes a pena-base individual em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cujo valor unitário arbitro no mínimo legal.

[...]

Nada obstante, considerando a agravante da reincidência, verificada pelas anotações de fls. 57-67, concernente ao processo-crime nº 2007.002.07757-1 quantum anterior, em face do 1º Réu [ora Paciente], em 1/6, de reclusão, além de 12 (onze) [sic.] dias-multa, valor unitário que arbitro no mínimo legal.

Considerando não o critério objetivo-genérico da quantidade das majorantes aplicáveis (§ 2º, incisos I e II, do art. 157 do CP; STF-RTJ 151/172, 156/108 E 157/138), mas sobretudo em razão de o roubo ter sido praticado com emprego de arma de fogo, circunstância específica da infração a que erige como digna de maior censura penal (TJERJ, Rel. Des. Marcus Basílio, ApCrim 1775/04, 3ª CCrim., julg. em 14.12.04), faço incidir, em face de ambos os Réus, aumento de metade sobre o quantum anterior, pelo que alcanço, para o 1.º Réu (Vailson), as penas de 07 (sete) anos de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, com valor unitário no mínimo legal [...]

Por fim, em razão da configuração da tentativa (CP, art. 14, inc. II) promovo redução de um terço, considerando o iter criminis percorrido (no limiar da consumação), atingindo, pois, par o 1º Réu (Vailson), as penas de 04 (QUATRO) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 11 (ONZE) DIAS-MULTA [...]" (fls. 33/36)

Outrossim, considerando, além da gravidade abstrata do crime, a reincidência do Paciente, o Magistrado fixou o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça fluminense deu parcial provimento ao recurso defensivo, aumentando o percentual da redução pela tentativa para metade, restando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda fixada em 03 anos e 07 meses de reclusão, mantido o regime fechado.

Pois bem.

De início, à imprescindibilidade, ou não, da apreensão e perícia da arma para a configuração da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, é questão controvertida na jurisprudência e doutrina pátrias, tendo sido objeto de divergência também no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça.

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

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

"ROUBO. MAJORANTE. ARMA.

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

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

Nesse contexto, a ausência de perícia na arma utilizada no crime, quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Na hipótese, o Juízo sentenciante reconheceu a causa de aumento, apesar de não ter sido apreendida e periciada a arma. Asseverou, para tanto, que o relato da vítima *"foi firme e robusto no sentido de que, no dia, hora e local do evento, sofreu a abordagem por parte de ambos os Réus, os quais, mediante grave ameaça externada pelo emprego ostensivo de arma de fogo, anunciaram um assalto, na exata forma descrita pela inicial"* (fl. 21).

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

Por oportuno, trago à colação os seguintes julgados desta Corte:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DELITO EM QUE FORAM EFETUADOS DISPAROS. CARACTERIZAÇÃO DA MAJORANTE. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVE DO QUE O LEGALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 33, §§ 2º e 3º, DO CÓDIGO PENAL.

1. O fato de terem sido efetuados disparos de arma de fogo durante a prática do delito de roubo é suficiente para demonstrar a sua potencialidade lesiva, ainda que tal circunstância tenha sido evidenciada apenas por meio de depoimento de testemunhas, possibilitando, portanto, a incidência da majorante prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

2. Tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, que, apesar de fixada em patamar superior a 4 anos, não excede a 8, sendo de rigor, portanto, a fixação do regime semiaberto.

3. Habeas corpus concedido parcialmente para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena imposta na ação penal de que se cuida." (HC 177.215/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), DJe DE 17/12/2010.)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA E APREENSÃO DO ARTEFATO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESNECESSIDADE. EMPREGO DEMONSTRADO POR OUTROS ELEMENTOS. MANUTENÇÃO DA MAJORANTE. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I. Não obstante a ausência de apreensão e de perícia na arma de fogo, observou-se a existência de um conjunto probatório que permitiu ao julgador formar convicção no sentido da efetiva utilização de arma de fogo pelo réu, devendo ser mantida a qualificadora descrita no inciso I do § 1º do art. 157 do Código Penal. Precedentes.

II. O Plenário da Suprema Corte firmou orientação no sentido de ser dispensável a apreensão da arma ou a realização do exame pericial para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime (HC 96.099/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 05/06/2009.)

III. Considerando-se o quantum da reprimenda fixada, bem como o fato das circunstâncias judiciais terem sido consideradas desfavoráveis ao réu, o que implicou em fixação da pena-base acima do mínimo legal, o regime prisional inicialmente fechado mostra-se adequado para o desconto da reprimenda, nos termos do art. 44 do Código Penal.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator." (HC 161.606/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 25/10/2010.)

Ademais, em que pese o cancelamento da Súmula n.º 174 do Superior Tribunal de Justiça, que preconizava a possibilidade de aumento de pena na hipótese de intimidação com arma de brinquedo, ou ainda que se discuta a potencialidade ofensiva do instrumento utilizado para a realização do crime de roubo, cabe à Defesa comprovar que a causa especial de aumento da pena não restou configurada, pois a potencialidade ofensiva da arma utilizada no roubo é presumida.

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO. ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. USO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. PROVA TESTEMUNHAL. SUFICIÊNCIA. POTENCIALIDADE LESIVA. ÔNUS DA DEFESA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Havendo prova testemunhal que ateste a utilização da arma de fogo por parte do autor do crime de roubo, mostra-se desnecessária a apreensão e o exame pericial que comprove o poder de fogo do artefato.

2. Na esteira do entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, presume-se potencialmente lesiva a arma utilizada no cometimento do crime de roubo, cabendo à defesa a produção de prova que ateste a ausência de lesividade do instrumento.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.075.867/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 16/11/2010.)

No tocante à redução do aumento de pena em função da presença de duas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificadoras do crime de roubo, melhor sorte não assiste ao Paciente.

Como bem observou o acórdão de apelação impugnado:

"Mister se faz analisar o aspecto qualitativo relacionada a cada uma das majorantes, ou seja, a análise da sua efetiva repercussão no caso concreto, se houve excesso, a potencialidade do tipo de arma empregada, o excessivo número de agentes, a violência desmedida, a ameaça a menores e outras circunstâncias semelhantes.

Com efeito, analisando a mecânica delitiva, conclui-se que o delito atingiu o limiar entre os crimes de roubo e latrocínio, tendo em vista o revide perpetrado pelo agente, que deu ensejo a um tiroteio em plena via pública, colocando em risco a integridade física das demais pessoas que se encontravam naquele local, estando devidamente fundamentada a majoração no patamar fixado pela sentença." (fls. 60/61)

É sabido que 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.

Contudo, no caso, inexistente qualquer constrangimento ilegal, uma vez que a Corte de origem justificou a majoração no efetivo emprego da arma de fogo no crime, mantendo os fundamentos da sentença que delimitaram de maneira precisa a necessidade do acréscimo acima do mínimo legal.

Com efeito, a exasperação da pena, acima do patamar mínimo, na terceira fase, foi adequadamente fundamentada no efetivo uso da arma no crime, que deu ensejo a um tiroteio em plena via pública, colocando em risco a integridade física da vítima e das demais pessoas que se encontravam no local.

Nesse diapasão:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE MOTIVADA. PREPONDERÂNCIA DAS ATENUANTES. AGRAVANTES NÃO RECONHECIDAS. AUSÊNCIA DE OBJETO. PATAMAR DO AUMENTO DE PENA PELAS MAJORANTES DO CRIME FUNDAMENTADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ADMISSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESSA PARTE DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou justificada pela sentença penal condenatória, que levou em consideração a culpabilidade extremada do agente e as circunstâncias do crime, as quais notoriamente extrapolam aquelas normais à espécie, pois o Paciente, junto com seus comparsas, invadiu o domicílio das vítimas que, durante a prática delitiva, foram amordaçadas, amarradas e reiteradamente ameaçadas de morte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Não se conhece, por absoluta falta de interesse, a tese relacionada à preponderância da confissão espontânea e da menoridade relativa em face de agravante, se esta última sequer foi considerada pelo Magistrado a quo, o qual tão-somente reduziu a reprimenda em razão das atenuantes.

4. A exasperação da pena, acima do patamar mínimo, na terceira fase, foi adequadamente fundamentada no número de agentes que atuaram na prática do delito, bem como no longo tempo que as vítimas permaneceram em poder dos réus. Inexistência de constrangimento ilegal.

5. Diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, concretamente demonstradas pelo julgador, por ocasião da individualização da reprimenda penal, adequada a imposição do regime prisional mais gravoso.

6. Habeas corpus parcialmente conhecido e nessa parte denegado." (HC 107256/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/02/2011.)

Em relação ao percentual da redução pela tentativa, observa-se que o Paciente percorreu quase todo o percurso criminoso, pois abordou a vítima e anunciou o assalto, que só não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, porque o ofendido reagiu.

Ressalte-se que, de acordo com o critério objetivo sufragado nesta Corte Superior de Justiça, no crime tentado, a aferição do *quantum* de pena a ser reduzido não decorre da culpabilidade do agente, mas, sim, da maior ou menor proximidade da conduta ao resultado almejado, não merecendo qualquer modificação o acórdão impugnado, que fixou o patamar de redução pela metade, ao reformar a sentença condenatória, *litteris*:

"No concernente ao pleito de adoção de maior fração de redução da pena pelo reconhecimento da tentativa, entendo que a r. sentença mereça pequeno reparo.

O quantitativo da redução pela tentativa deve observar o critério do iter criminis percorrido, lecionando a doutrina que, quanto mais próximo da consumação da infração penal, menor deverá ser a redução.

Apesar das circunstâncias e consequências do crime, estão não chegou a beirar a consumação, tendo em vista a imediata reação da vítima, não havendo sequer a subtração de seus bens.

Nesse contexto, mantidos os patamares aplicados na dosimetria exposta na sentença, passo a aplicar a causa de diminuição de pena referente à tentativa, aplicando a redução no patamar de 1/2 (metade), sugerido pela eminente Procuradora de Justiça [...]" (fl. 61)

Nesse contexto, irretocável a diminuição pela tentativa imposta.

Confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO DE UM TERÇO PELA TENTATIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base pouco acima do mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideradas as circunstâncias judiciais, não caracteriza constrangimento ilegal.

2. A redução da pena, pela tentativa, deve considerar o iter criminis percorrido pelo agente. Se o delito esteve muito próximo da consumação, deve ser ela reduzida de um terço, patamar mínimo previsto pelo legislador.

3. Ordem denegada." (HC 122.066/MG, 6.^a Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe de 14/09/2009.)

"HC. FURTO QUALIFICADO TENTADO. REDUÇÃO. CRITÉRIO. FASE DE EXECUÇÃO INTEGRALMENTE PERCORRIDA. TENTATIVA PERFEITA. REDUÇÃO MÍNIMA. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 14 do Código Penal prevê, em seu parágrafo único, que os redutores a serem considerados para a tentativa devem ser de 1/3 ou 2/3, sem fixar os critérios para fixação, tendo a jurisprudência consolidado o entendimento no sentido de que a aplicação do percentual deve decorrer da apreciação da quantidade da fase de execução percorrida, ou seja, quanto mais o agente se aproxima da consumação do delito, menor é a diminuição da pena e vice-versa.

2. Hipótese na qual o Tribunal a quo reconheceu o esgotamento da ação, porquanto o agente fugiu com os bens furtados, não tendo consumado o delito por razões alheias à sua vontade, pois foi perseguido por policiais logo após ter subtraído os objetos do interior do automóvel, restando configurada, na hipótese, tentativa perfeita ou crime falho, aplicando-se a redução prevista no parágrafo único do artigo 14 do Código Penal em seu grau mínimo.

3. Acórdão recorrido que, ao descrever o delito, consignou ter sido a fase de execução integralmente percorrida, sendo que o furto somente não foi consumado pois o paciente jamais deteve a posse tranqüila dos bens furtados, não havendo que se falar em carência de motivação idônea no que tange ao parâmetro adotado para redução pela conatus.

4. Ordem denegada." (HC 75.332/GO, 5.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJ de 22/10/2007.)

Por fim, a fixação do regime semiaberto é cabível na espécie, porquanto a pena-base imposta ao Réu foi fixada no mínimo legal, diante do reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis. Assim, tendo em vista o *quantum* da pena definitiva aplicada, apesar de reincidente, afigura-se possível iniciar o condenado o cumprimento de sua reprimenda no regime prisional intermediário.

Incide, na hipótese, o verbeto Sumular n.º 269 deste Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

"É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. APELAÇÃO. MATÉRIA IMPLICITAMENTE REPELIDA TRIBUNAL A QUO. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DO TEMA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL MAIS SEVERO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO FUNDAMENTADA TÃO-SOMENTE NA REINCIDÊNCIA DO RÉU. SÚMULAS 269/STJ e 719/STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CP. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há falar em supressão de instância quando o habeas corpus impugna decisão proferida em recurso de apelação, cuja matéria foi implicitamente repelida pelo Tribunal de origem.

2. Tratando-se de réu reincidente, condenado a pena igual ou inferior a quatro anos e reconhecidas todas as circunstâncias judiciais como favoráveis, poderá a reprimenda ser cumprida em regime inicial semiaberto, a teor do que dispõe o enunciado sumular 269 do STJ.

[...].

5. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena aplicada ao paciente." (HC 132.817/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 21/09/2009.)

"Habeas corpus. Furto tentado. Regime prisional semi-aberto. Réu reincidente. Possibilidade. Súmula 269. Ordem concedida.

1. É possível a fixação de regime prisional semiaberto aos condenados reincidentes, se a pena for inferior a quatro anos, nos termos da Súmula 269 desta E. Corte.

2. Ordem concedida." (HC 120.039/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), DJe de 11/05/2009.)

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM apenas para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena aplicada ao Paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0241120-9

HC 156.541 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080020436706 200905006568 65682009

EM MESA

JULGADO: 22/03/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DILARA ESTEPHÁ HENRIQUES PEREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : VAILSON CERQUEIRA SANTOS

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.