



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 144.453 - RJ (2009/0156014-4)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : **CLÓVIS SAHIONE E OUTRO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PACIENTE : **MARCO ANDRÉ BORGES**

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NÃO APREENSÃO DA ARMA. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO CARACTERIZADA POR OUTROS MEIOS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA. CONFIGURAÇÃO. PERMANÊNCIA POR TEMPO RAZOÁVEL EM PODER DOS AGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECONHECIMENTO DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 1/2. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. RÉU PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DO STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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

2. A majorante descrita no inciso V, do § 2.º do art. 157 do Código Penal resta configurada quando a vítima é mantida por tempo juridicamente relevante em poder do agente, o que, *in casu*, restou confirmado pela sentença condenatória e pelo acórdão impugnado.

3. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

4. A presença de três causas de aumento no crime de roubo não é motivo obrigatório de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, sendo necessária a indicação de circunstâncias concretas que justifiquem o aumento. Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Fixada a pena-base no mínimo legal e na falta de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu – primário 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 e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência da Súmula n.º 440 desta Corte.

6. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena e ao correspondente regime prisional, nos termos explicitados.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 maioria, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegava a ordem.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 144.453 - RJ (2009/0156014-4)

IMPETRANTE : CLÓVIS SAHIONE E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCO ANDRÉ BORGES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCO ANDRÉ BORGES, contra acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Narram autos que o ora Paciente foi condenado pela prática do delito de roubo triplamente majorado, às penas de 06 anos e 09 (nove meses) de reclusão, no regime inicial fechado, e 81 (oitenta e um) dias-multa, porque, no dia 20 de agosto de 2004, juntamente com dois indivíduos não identificados, todos ajustados, mediante grave ameaça, consistente na exibição às vítimas de arma de fogo, roubaram um caminhão por elas conduzido, contendo cinco toneladas de mercadorias, avaliadas em R\$ 11.000,00 (onze mil reais).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar o recurso de apelação interposto pela Defesa, negou provimento ao recurso, nos seguintes termos:

"APELAÇÃO CRIMINAL.

Condutor de caminhão e respectivo ajudante que são vitimados na Estrada, por um grupo que com utilização de dois veículos e arma de fogo, roubam-lhes o caminhão e toda a carga, restringindo-lhes a liberdade por várias horas, eis que colocados noutro veículo onde são mantidos até serem libertados pela Polícia.

A ignorância das vítimas de que naquele outro veículo não existia arma de fogo, não afasta nem o constrangimento nem a coação, eis que estavam com suas liberdades restringidas.

Autoria e materialidade plenamente caracterizadas.

Dosimetria e Regime prisional adequados.

Preliminar de Cerceamento de Defesa que se rejeita, pois em tese o Recurso de Embargos de Declaração não tem efeitos Infringentes, sendo a Apelação o Recurso adequado para o reexame do mérito.

Recurso desprovido" (fl. 111).

Alega o Impetrante, em suma, que o "paciente foi condenado pelo crime de roubo triplamente majorado, ocorrendo bis in idem na fixação da pena-base e flagrante falta de fundamentação na majoração da pena acima do percentual mínimo, além da fixação de regime mais gravoso sem fundamentação idônea [...]" (fl. 04).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pede, assim, liminarmente, a fixação do regime inicial semiaberto. No mérito, pugna pela redução da pena-base ao mínimo legal; pelo afastamento da incidência das majorantes previstas nos incisos I e V, do § 2.º, do art. 157 Código Penal; ou pelo aumento, em razão das qualificadoras, no patamar mínimo de 1/3.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 125/126.

Os autos foram satisfatoriamente instruídos, razão pela qual dispensou-se as informações do Tribunal de origem.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou, às fls. 129/133, pela parcial concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 144.453 - RJ (2009/0156014-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NÃO APREENSÃO DA ARMA. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO CARACTERIZADA POR OUTROS MEIOS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA. CONFIGURAÇÃO. PERMANÊNCIA POR TEMPO RAZOÁVEL EM PODER DOS AGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECONHECIMENTO DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 1/2. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. RÉU PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DO STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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

2. A majorante descrita no inciso V, do § 2.º do art. 157 do Código Penal resta configurada quando a vítima é mantida por tempo juridicamente relevante em poder do agente, o que, *in casu*, restou confirmado pela sentença condenatória e pelo acórdão impugnado.

3. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

4. A presença de três causas de aumento no crime de roubo não é motivo obrigatório de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, sendo necessária a indicação de circunstâncias concretas que justifiquem o aumento. Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Fixada a pena-base no mínimo legal e na falta de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu – primário 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 e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência da Súmula n.º 440 desta Corte.

6. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena e ao correspondente regime prisional, nos termos explicitados.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Busca a Impetrante, em síntese, o afastamento das majorantes do emprego de arma de fogo e da restrição à liberdade das vítimas; a redução da pena-base ao patamar mínimo do Paciente; a diminuição ao mínimo legal do acréscimo efetuado em razão da presença de três causas de aumento; bem como a fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da reprimenda.

Cumpre ressaltar, de início, que a matéria ora submetida à apreciação desta Corte – relativa à imprescindibilidade, ou não, da apreensão e perícia da arma para a configuração da majorante prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal – é questão controvertida na jurisprudência e doutrina pátrias, que enseja, inclusive, divergência entre as Turmas que compõem a Eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, também no âmbito do Col. Supremo Tribunal Federal, as decisões sobre a matéria não encontravam uniformidade, o que levou a Primeira Turma daquela Corte, em sessão do dia 03/02/2009, a afetar o julgamento do *habeas corpus* n.º 96.099/RS ao Tribunal Pleno, sobrestando todos os feitos que tramitavam no colegiado em igual situação.

Em sessão do dia 19/02/2009, o Plenário da Suprema Corte indeferiu a ordem postulada no mencionado *writ*, firmando 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, § 2.º, inciso I, do Código Penal, **quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.**

Veja-se, por oportuno, a ementa do referido julgado:

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

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

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

produzir lesões graves.

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

VII - Precedente do STF.

VIII - Ordem indeferida." (STF, HC 96.099/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 05/06/2009.)

Confirmam-se, ainda, no mesmo sentido, os recentes julgados de ambas as Turmas que compõem o Excelso Pretório, *in verbis*:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RHC. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

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

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

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

IV - Recurso desprovido. (STF, RHC 103.544/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 11/06/2010.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DA ARMA E DE PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a qualificadora do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, já que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial. Precedentes.

3. Compete ao acusado o ônus de provar que não utilizou arma de fogo ou que a arma utilizada não tinha potencialidade lesiva, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

4. Ordem denegada." (STF, HC 100.187/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO. CONCURSO DE ATENUANTES E AGRAVANTES. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A questão de direito tratada nos autos deste habeas corpus diz respeito à possível exclusão da causa especial de aumento de pena decorrente do uso de arma de fogo, que não foi apreendida nem periciada, e à preponderância da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.

2. O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo, por outros meios de prova.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se exclui a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal por falta de apreensão da arma, quando comprovado o seu uso por outro meio de prova. Precedentes.

4. Corretas as razões do parecer da Procuradoria-Geral da República ao concluir que o artigo 67 do Código Penal é claro "ao dispor sobre a preponderância da reincidência sobre outras circunstâncias, dentre as quais enquadram-se a confissão espontânea. Afinal, a confissão não está associada aos motivos determinantes do crime, e - por diferir em muito do arrependimento - também não está relacionada à personalidade do agente, tratando-se apenas de postura adotada pelo réu de acordo com a conveniência e estratégia para sua defesa".

5. Não há ilegalidade quando a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea na aplicação da pena. Nestes termos, HC 71.094/SP, rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, unânime, DJ 04.08.95.

6. Habeas corpus denegado." (STF, HC 99.446/MS, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 11/09/2009.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157 § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE DUAS OU MAIS PESSOAS. ARMA NÃO APREENDIDA. PRESCINDÍVEL APREENSÃO DA ARMA. ELEMENTOS SUFICIENTES DE CONVICÇÃO. PRECEDENTE CITADO.

1. A qualificadora de uso de arma de fogo independe da apreensão da arma, bastando, para sua incidência, que constem dos autos elementos de convicção suficientes à comprovação de tal circunstância.

2. Ordem denegada." (STF, HC 92.451/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 06/02/2009.)

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ter sido apreendida e periciada a arma. Asseverou, para tanto, que "se provou o emprego de arma de fogo, para cuja comprovação, conforme posicionamento de nossos Tribunais, sequer se faz necessária a sua apreensão, e, bem assim o exame pericial, em se admitindo a sua substituição por referências testemunhais, como, no caso, em narrando as vítimas que foram rendidas por um dos meliantes mediante o emprego de arma de fogo." – fl. 74. Acrescenta, ainda, que "disse o acusado em seu interrogatório, a despeito de querer se fazer de vítima, no que se viu frustrado – '**que o comprador encontrava-se empunhando uma arma de fogo** (fls. 38/40)..." (fl. 75; grifo no original.)

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:

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO REVÓLVER. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA DO ARMAMENTO. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP.

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

2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.

3. Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

[...]

3. Ordem parcialmente concedida para alterar o patamar de aumento da pena de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(um terço), reduzindo-se as reprimendas dos pacientes que restam definitivas em em 7 anos, 1 mês e 18 dias de reclusão e pagamento de 17 dias-multa, para JOSÉ NIVALDO, e em 8 anos, 3 meses e 16 dias de reclusão e pagamento de 18 dias-multa, para JOSIMAR (ou JOISMAR)." (HC 120.656/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 09/11/2009.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO TENTADO. PENA CONCRETIZADA EM 3 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA DO PACIENTE, NO ENTANTO.

1. A apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no roubo são desnecessárias para configurar a causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminoso.

2. A regra é que uma arma possua potencial lesivo; o contrário, a exceção. Se assim alega o acusado, é dele o ônus dessa prova (art. 156 do CPP). Se restou comprovada a utilização da arma de fogo, como no caso concreto, o ônus de demonstrar eventual ausência de potencial lesivo deve ficar a cargo da defesa, sendo inadmissível a transferência desse ônus à vítima ou à acusação, por uma questão de isonomia, porquanto inúmeros fatores podem tornar a prova impossível.

[...]

6. Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente." (HC 129.397/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 08/09/2009; sem grifo no original.)

Com relação a majorante, descrita no inciso V, do § 2.^o do art. 157 do Código Penal, o entendimento desta Corte é no sentido de que, para sua configuração, a vítima deve ser mantida por tempo juridicamente relevante em poder do réu.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONFIGURAÇÃO. NÃO APREENSÃO. ART. 167 DO CPP. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

[...]

IV - O inciso V do art. 157 § 2.^o do CP exige, para a sua configuração, que a vítima seja mantida em tempo juridicamente relevante em poder do réu sob pena de que sua aplicação seja uma constante em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todos os roubos.

Ordem parcialmente concedida." (HC 94.562/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 01/09/2008).

O Juiz de origem ao analisar a referida causa de aumento de pena, teceu as seguintes considerações:

"Em relação a causa de aumento de pena estatuída no inciso V do citado diploma legal, restou caracterizada, pois que, após a subtração do caminhão referido na exordial, as vítimas ficaram em poder do réu por muito tempo, ou melhor, foram privados de sua liberdade individual por considerável espaço de tempo.

Noutras palavras, exigindo-se, para sua configuração, que "o agente mantenha a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade", pode-se afirmar de sua presença na infração cometida pelos réus." (fl. 76)

A Corte de origem, ao manter a sentença condenatória, consignou o seguinte:

"A prova do fato é exuberante, quer da narrativa das vítimas, o motorista e seu ajudante, como dos indícios e veementes dos autos, como de sua conclusão, quando ocasionalmente diligentes Policiais Militares, por desconfiarem de atitudes suspeitas de três pessoas a bordo de um veículo, os abordou, logrando prender o Acusado, tendo em seu poder as duas vítimas, vítimas que indubitavelmente estavam privadas de suas liberdades individuais e por considerável espaço de tempo." (fl. 117)

Conclui-se, pois que as instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fático-probatória, entenderam, de forma suficiente, estar caracterizada a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, incisos I e V, do Código Penal. Do que se conclui ser inviável, *in casu*, a análise em sede de *habeas corpus* da configuração ou não das majorantes, uma vez que seria necessário o aprofundado exame probatório, restrito às instâncias ordinárias.

Por oportuno, trago à colação os seguintes julgados desta Quinta Turma:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS RIGOROSO. REITERAÇÃO DE OUTRO HABEAS CORPUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CARACTERIZADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. A jurisprudência da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto à prescindibilidade da apreensão da arma para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo (art. 157, § 2º, I, do Código Penal), quando outros elementos comprovem sua utilização.

2. A alegação de ausência de fundamentação a demonstrar a necessidade de regime prisional mais rigoroso resta prejudicada, uma vez que já apreciada pela Quinta Turma, em 29/9/09, no julgamento do HC 104.622/SP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.*" (HC 116.104/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 03/11/2009; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA CONCRETIZADA: 6 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, REGIME FECHADO. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A MAJORAÇÃO, EM 3/8, DA FRAÇÃO RELATIVA ÀS CAUSAS DE AUMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. HABEAS CORPUS CONCEDIDO EM PARTE, TÃO-SÓ E APENAS PARA QUE SEJA FIXADO NO MÍNIMO (1/3) O PERCENTUAL REFERENTE À CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 157, § 2o. DO CPB.

1. ***A apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no roubo são desnecessárias para configurar a causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. Precedentes do STJ e STF.***

2. Justificada a elevação da pena-base em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes), não há qualquer ilegalidade no estabelecimento de regime prisional mais gravoso. Precedentes do STJ.

3. Segundo iterativa jurisprudência deste STJ, a presença de mais de uma circunstância de aumento da pena no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que sejam constatadas particularidades que indiquem a necessidade da exasperação.

4. No caso concreto, as instâncias ordinárias aumentaram a pena em 3/8, em razão, tão-só, da existência de duas causas de aumento de pena, sem registrar qualquer excepcionalidade, o que contraria o entendimento desta Corte sobre a questão.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. *Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para que seja fixado no mínimo (1/3) o percentual referente à causa de aumento de pena do art. 157, § 2o. do CPB.*" (HC 131.162/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 21/09/2009; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO E CONDENAÇÕES SEM TRÂNSITO EM JULGADO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ESTADO PRESUMIDO DE INOCÊNCIA. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO PARA A MAJORAÇÃO PREVISTA NO INC. I, § 2º, DO ART. 157, DO CÓDIGO PENAL. DESNECESSIDADE, DESDE QUE COMPROVADO NOS AUTOS A SUA EFETIVA UTILIZAÇÃO NO CRIME, O QUE OCORREU NA ESPÉCIE. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL.

1. *É entendimento consolidado desta corte que inquéritos policiais ou ações penais em andamento, inclusive, sentença condenatória sem o trânsito em julgado, não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados para agravar a pena-base do condenado.*

2. *Afigura-se 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, desde que existam nos autos, como é o caso ora em tela, outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime. Precedentes da Quinta Turma.*

3. *Ademais, o Tribunal a quo, soberano na análise da matéria fático-probatória, afirmou, em sede de apelação, não existir qualquer dúvida do emprego da arma de fogo para o exercício da grave ameaça. Assim, afastar tal conclusão ensejaria, necessariamente, um aprofundado exame de prova, o que se afigura inviável na via estreita do writ.*

4. *Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário 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 e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.*

5. *Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, para, mantida a condenação, retificar a dosimetria da pena aplicada ao Paciente, nos termos acima consignados, tornando a pena definitiva, em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, mediante condições a serem fixadas pelo Juízo da Execuções Penais." (HC 92.665/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 08/09/2009; sem grifo no original.)*

Por outro lado, quanto à dosimetria da pena e ao regime prisional comporta concessão a ordem.

O Magistrado de primeiro grau, no que foi referendado pelo Tribunal *a quo*, fixou a reprimenda do Paciente mediante a seguinte fundamentação, *ad litteram*:

"[...]

Atendendo às normas do artigo 59 do Código Penal, passo à aplicação da pena:

Considerando a sua culpabilidade, o dolo intenso com que agiu, sem que se possa considerar o fato de ter causado maior sofrimento às vítimas ao restringir sua liberdade, porque tal já caracterizou a causa especial de aumento de pena do inciso V do respectivo § 2.º do artigo 157 do Código Penal, a despeito de demonstrar exacerbada periculosidade, sem prejuízo de se atentar para sua condição de, tecnicamente primário, uma vez que a ação penal a que responde no Juízo de Quissamã ainda está inconclusa (fls. 200/201), não podendo, também, servir para exacerbar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda, fixo a pena base em 04 anos e 06 meses de reclusão e 54 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, vigente ao tempo do fato, e atualizado quando de seu efetivo pagamento, que deixo de reduzir por inexistência de qualquer circunstância atenuante, majorando-a em 1/2, em razão da presença de três causa de aumento de pena, passando a mesma a ser de 06 anos e 09 meses de reclusão e 81 dias-multa, de igual valor, que torno definitiva em não havendo outras circunstâncias, ou causas de aumento e diminuição de pena.

Regime inicialmente, FECHADO, por ter sido demonstrada sua alta periculosidade, que exsurge cristalina da prática de um crime mediante concurso de pessoas e a grave ameaça com emprego de arma de fogo contra as vítimas, determinação essa incompatível com o fato de ser tecnicamente, primário e de ser possuidor de bons antecedentes [...]" (fls. 79/80)

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Contudo, como é sabido, deve o magistrado, ao individualizar a pena, especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No caso, verifica-se, da simples leitura da sentença condenatória, que a fixação da pena-base do ora Paciente acima do mínimo legal, foi feita com considerações vagas, genéricas, sem fundamentação objetiva, portanto inadequadas para justificar a exasperação, mesmo porque as referências à "intensidade do dolo" e "exacerbada periculosidade" são expressões vazias, quando não explicitadas as circunstâncias concretas que as motivaram.

Dessa forma, inexistindo fundamentação válida a justificar a exasperação da pena-base, deve a reprimenda do Paciente, na primeira fase de fixação da pena, ser estabelecida no mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 dias-multa.

De outra parte, no que concerne ao aumento decorrente das majorantes previstas no art. 157, § 2.º, incisos I, II e V, do Código Penal, verifica-se o irregular acréscimo da pena implementado em 1/2, acima do mínimo legal, que é de 1/3, sem a imprescindível fundamentação.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi realizado na espécie.

A propósito, dispõe o art. 68, parágrafo único, do Código Penal:

"Art. 68. A pena base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento.

Parágrafo único: No concurso de duas causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua." (grifei)

Como se vê, não se extrai do dispositivo transcrito o comando de que a presença de mais de uma causa de aumento, *de per si*, conduz à majoração acima do mínimo previsto no art. 157, § 2.º, do Código Penal. Visa essa norma à razoável e proporcional dosagem da pena, devendo o magistrado apreciar a intensidade de cada causa especial de aumento e não apenas efetuar um simples cálculo matemático.

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

"O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

Deve, portanto, na terceira fase da aplicação da pena, ser retificado o aumento de 1/2 para o mínimo legal, equivalente a 1/3, **restando fixada a reprimenda, em definitivo, em 5 (cinco) anos e 4 meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.**

Diante desse desate, com o afastamento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º do Código Penal, que dispõe que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto"*.

Portanto, sendo o condenado primário, de bons antecedentes, a decisão que lhes impôs o regime inicial fechado para o cumprimento da pena há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO INADMISSIBILIDADE PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGAL.. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO.

1. Uma vez afastado o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

2. Também é incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena, quando fixada a pena-base no mínimo legal, com o reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis. Inteligência do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal. Aplicação do regime aberto.

3. Ordem parcialmente concedida para determinar que o eg. Tribunal a quo prossiga na análise dos demais requisitos para a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como para estabelecer, de logo, o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, providência que concedo de ofício." (HC 108.038/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/12/2008.)

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

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

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena e ao correspondente regime prisional, nos termos explicitados.

É como voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 144.453 - RJ (2009/0156014-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : CLÓVIS SAHIONE E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCO ANDRÉ BORGES

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhores Ministros, reluto nesta redução, mas acompanho o voto da Senhora Ministra Relatora e, com relação à alteração do regime inicial, peço vênia para ficar vencido. Em ambos os casos ressalvo meu entendimento pessoal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0156014-4

HC 144.453 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20040040489938 200505005024

EM MESA

JULGADO: 21/09/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLÓVIS SAHIONE E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MARCO ANDRÉ BORGES

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegava a ordem.

Brasília, 21 de setembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário