



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.510 - SP (2012/0013238-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ROSELY GALVAO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON CLAYTON DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *MODUS OPERANDI* QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Como é consabido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, pela suposta prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal.

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

5. Inviável afastar a majorante do concurso de agentes na medida em que o Tribunal de origem constatou haver identidade de propósito dos Acusados e delineada divisão de tarefas. Desse modo, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não é cabível na via estreita do *writ*.

6. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

7. O fato da especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ, uma vez que o regime fechado foi estabelecido por conta da gravidade concreta do crime.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, tão somente na terceira fase da dosimetria da pena, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.510 - SP (2012/0013238-4)

IMPETRANTE : ROSELY GALVAO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON CLAYTON DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WASHINGTON CLAYTON DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0029620-57.2010.8.26.0309.

Narram os autos que Paciente foi condenado, em primeira instância às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, pela suposta prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal. Irresignada, a Defesa interpôs apelação criminal perante o Tribunal de origem, que por sua vez, negou provimento ao recurso.

No presente *writ*, alega a Impetrante, em suma, que deve ser afastado o acréscimo relativo ao emprego da arma de fogo, uma vez que não foi apreendido o referido instrumento, a fim de se comprovar sua potencialidade lesiva.

Aduz, ainda, que "*nada há de concreto nos autos para que se possa afirmar categoricamente que havia mais de um autor do delito no local dos fatos, ensejando, portanto, em aplicação de pena mais gravosa ao réu, vez que todas as provas nesse sentido encontram-se permeadas de dúvidas*" (fl. 5).

Insurge, também, contra a fração de acréscimo em razão do reconhecimento das duas causas de aumento de pena e sustenta, por fim, que é inadmissível a fixação de regime prisional fechado com base unicamente na gravidade abstrata do delito.

Por todo o exposto, requer sejam afastadas as duas causas de aumento de pena – emprego de arma de fogo e concurso de agentes –, bem como fixado regime inicial de cumprimento de pena mais brando. Subsidiariamente, pugna pela alteração da fração de acréscimo em razão das causas de aumento de pena, de 3/8 (três oitavos) para 1/3 (um terço).

O pedido liminar foi indeferido pela Presidência desta Corte Superior, nos termos da decisão de fl. 61.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 71/72, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 99/103, opinando pela denegação do *writ*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.510 - SP (2012/0013238-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *MODUS OPERANDI* QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Como é consabido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, pela suposta prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal.

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

5. Inviável afastar a majorante do concurso de agentes na medida em que o Tribunal de origem constatou haver identidade de propósito dos Acusados e delineada divisão de tarefas. Desse modo, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é cabível na via estreita do *writ*.

6. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

7. O fato da especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ, uma vez que o regime fechado foi estabelecido por conta da gravidade concreta do crime.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, tão somente na terceira fase da dosimetria da pena, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

VOTO

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

Não se desconhece que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque a competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal trata-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, não tem admitido a extensão desse entendimento aos casos de *writ* substitutivo de recurso especial (HC 115715, Rel. Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, DJe-179 PUBLIC 12-09-2013; RHC 117845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe-197 PUBLIC 07-10-2013; HC 113690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, DJe-197 PUBLIC 08-10-2012).

Diante disso, embora reconheça a ocorrência de abuso na utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, vinha persistindo no conhecimento do *writ* em tais casos, por cautela, até o final posicionamento da Suprema Corte.

Porém, fiquei vencida nesta colenda Quinta Turma (HC 266.835/SP e HC 274.618/SP, julgados em 21/11/2013), razão pela qual me curvo ao entendimento majoritário, para, ressalvado meu posicionamento pessoal, não conhecer do *habeas corpus* substitutivo do recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso dos autos, o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, pela suposta prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, nos seguintes termos:

"Como se vê, a condenação é de rigor, pois, diante de todo o conjunto probatório, não há dúvidas que o réu foi um dos autores do crime em questão.

*Reconhecidas materialidade e autoria, passo a dosar a pena. Sopesados os elementos norteadores do artigo 59, do Código Penal, verifico que a culpabilidade, a personalidade, a conduta social, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime não permitem a alteração da **pena-base, sendo esta fixada no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.** Tem-se que o réu é menor de 21 (vinte e um) anos, todavia, embora se trate referida circunstância de atenuante, nos moldes do artigo 65, I, do Código Penal, a pena base deverá ser mantida, tendo em vista a impossibilidade de sua diminuição nesse segundo momento de fixação, pois já estabelecida no mínimo. Na terceira fase, **reconhecidas as causas de aumento de pena consistentes na ameaça exercida com emprego de arma e concurso de duas ou mais pessoas, a pena será aumentada em 3/8, totalizando 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.** [...] Sem parâmetros para elidir a presunção de hipossuficiência econômica do réu, fixo o valor de cada dia-multa em seu mínimo legal, ou seja, um trigésimo do valor do salário mínimo vigente na época dos fatos, consoante dispõe o artigo 49, § 1º c.c. artigo 60, caput, ambos do Código Penal. Em razão do quantum da pena, da conduta praticada e do dolo patenteado, **cumprirá a pena, inicialmente, em regime prisional fechado.** O delito praticado é de extrema gravidade, na medida em que se trata de roubo com emprego de arma, de profunda reprovação e abaladora da comunidade ordeira desta cidade, de maneira que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida, inicialmente, no regime mais gravoso. Esse tipo de infração intranquiliza a população e vem crescendo, infelizmente, devendo ser coibida pelo Estado-Juiz, o que justifica plenamente a fixação da modalidade mais grave para a purgação da sanção. E, impor um regime menos gravoso aos casos de roubo qualificado, com intimidação da vítima, gera sensação de impunidade e injustiça social, o que deve ser evitado. [...] Permanecem, e ora são reforçados com a presente sentença condenatória, os requisitos que mantiveram o réu preso cautelarmente durante a instrução processual. Por fim, incabível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, diante da quantidade da pena aplicada e da grave ameaça empreendida (artigo 44, I, do Código Penal). Ante todo o exposto e o mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE o pedido e condeno WASHINGTON CLAYTON DA SILVA, filho de Antonio Carlos Somes da Silva e de Valdirene Moreira, como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Fixo-lhe a pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 13 dias- multa, no valor mínimo legal.** Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no Rol dos Culpados. Recomende-se o réu na prisão em que se encontra, uma vez que não poderá recorrer em liberdade, como antes justificado. Expeça-se mandado de prisão, uma vez a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente sentença condenatória passou a ser o novo título para a privação da liberdade do acusado." (fls. 19/25; grifei)

Irresignada, a Defesa interpôs Apelação Criminal perante o Tribunal de origem, que por sua vez, negou provimento ao recurso aduzindo o que se segue:

"O frentista e a testemunha presencial sempre apresentaram declarações coerentes e convincentes. Reconheceram-no como autor do roubo, sem titubear. Afirmaram que dois eram os ladrões; onde o apelante, que era o garupa, encarregou-se de anunciar o assalto, demonstrando que portava uma arma de fogo (fls. 09, 11 e 83/84). Como é sabido, a palavra da vítima tem subido valor em crimes patrimoniais, praticados na clandestinidade. No caso em estudo, tudo ocorreu à noite e o crime foi presenciado por testemunha ocular, presente no local da rapina. Ademais, não se vislumbra nos autos nenhum motivo que os levassem a acusá-lo, de forma leviana e injusta.

Portanto, não fora ele condenado com base em meras suspeitas; as provas o incriminam seriamente. Bem demonstradas a autoria e materialidade delitiva. Os reconhecimentos efetuados pela vítima e pela testemunha ocular não deixam dúvidas da responsabilidade penal do réu. No mesmo sentido, evidentes restaram as qualificadoras do concurso de agentes e emprego de arma de fogo. Não há porque afastar nenhuma das qualificadoras. A comprovação do uso da arma de fogo restou suprida pela prova testemunhal, nos termos do artigo 167, do C.P.P.. Houve identidade de propósitos e a divisão de tarefa restara bem delineada. Assim, outro não poderia ser o desfecho, senão o desfavorável.

*As penas restaram justas e proporcionais. As básicas foram já fixadas no piso mínimo; observando que, embora reconhecida a atenuante da menoridade relativa, não tem ela o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, por força da súmula 231 do STJ, que veda tal procedimento, **O aumento de três oitavos, referentes às duas qualificadoras, é o mais adequado e segue o entendimento jurisprudencial majoritário; razão pela qual fica mantido.** Não há porque reduzi-lo. E que quanto mais numerosas se fazem estas causas especiais de aumento de pena, mais reprovável e perigosa se configura a conduta delitiva; fazendo-se merecedora de uma resposta proporcional por parte do Poder Judiciário.*

Mantém-se o regime fechado fixado na respeitável sentença, por ser o mais indicado como resposta, ao caso em questão. Pois o delito de roubo fora duplamente qualificado por concurso de agentes e emprego de arma de fogo. Neste sentido:- "Regime prisional - Fixação - Roubo - Modalidade fechada- Necessidade: - Inteligência: art. 383 do Código de Processo Penal, art. 33, § 2.º, "b" do Código Penal, art. 59 do Código Penal, art. 157, § 2º do Código Penal 26(f) - O regime fechado é o único aplicável aos autores de roubo, máxime se qualificada a infração, ainda que primário fosse o agente e tentado o crime" (Ap. nº 1.231.929/6, j. em 08.02.2001, 7ª Câ., Rel. o Juiz SOUZA NERY (Presidente, in RJTACRIM - 53/110).

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo. E, de ofício, determina-se o sobrestamento dos pagamentos das custas processuais." (fls. 54/56)

Inicialmente, quanto à exclusão da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo, ante a falta de apreensão e perícia do instrumento, cumpre ressaltar que 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.

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 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 acórdão impugnado manteve a causa de aumento, apesar de não ter sido apreendida e periciada a arma, com base em firme e coeso depoimento da vítima e da testemunha.

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*.

Ademais, esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo. Sobre o tema: HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010 e HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, quanto à exclusão da causa de aumento referente ao concurso de agentes, o Tribunal de origem aduziu que "[h]ouve identidade de propósitos e a divisão de tarefa restara bem delineada". Deste modo, afigura-se novamente não ser possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é cabível na via estreita do writ.

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA NA ARMA DE FOGO. DISPENSABILIDADE, QUANDO EXISTEM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE LEVAM A CONCLUIR PELA SUA EFETIVA UTILIZAÇÃO NO CRIME. PRECEDENTES DESTA COLENDAS TURMA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO.

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

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

3. *Recurso desprovido.*" (AgRg no AG 1.096.679/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 22/03/2010.)

De outra parte, no que concerne ao aumento decorrente das majorantes previstas no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, verifica-se o irregular acréscimo da pena do Paciente implementado em 3/8, 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 patamar 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 foi realizado na espécie.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3/8 para o mínimo legal, equivalente a 1/3, restando fixada a reprimenda do Paciente em **05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão**.

Por fim, verifica-se em relação ao **regime inicial fechado**, que existe fundamentação suficiente para sua manutenção, pois, em que pese a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, a transcrição acima revela que o regime fechado foi estabelecido por conta da **gravidade concreta do crime**.

E o fato da especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ. Este, ao contrário, é muito claro em vedar a fixação de regime mais gravoso quando realizado com base na **gravidade abstrata** do delito, o que não foi o caso.

Exemplificativamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. REFERÊNCIA A ELEMENTO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. Por mais que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, bem como o quantum da pena ser inferior a oito anos de reclusão, havendo menção a elemento concreto para o estabelecimento de regime inicial mais severo, não há falar em constrangimento ilegal. In casu, foi apontada significativa particularidade fática (não se podem equiparar, para efeito de valoração do injusto-típico, condutas como as descritas neste processo com outros delitos, nos quais, a despeito do concurso de agentes e emprego de armas, não são realizados disparos ou atos de violência pessoal contra os ofendidos. Houve maior desvalor do resultado nos delitos ora examinados e, portanto, é justo que, para reafirmação da norma penal violada, a resposta seja mais intensa, proporcional à gravidade concreta do crime, demonstrada no processo) a evidenciar modus operandi com plus de reprovabilidade, autorizando, assim, a aplicação do regime fechado.

3. Habeas corpus não conhecido". (HC 196.030/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013.)

Ressalte-se, ainda, que a questão em apreço é **de todo diversa** da hipótese em que o regime inicial mais gravoso é justificado exclusivamente no emprego de arma de fogo ou no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso de agentes. Ressalvada minha divergência, a Quinta Turma deste Sodalício tem decidido que essas majorantes, *de per si*, permitem a agravação do aspecto qualitativo da reprimenda (regime prisional) independentemente do aspecto quantitativo (*quantum* de pena fixado na primeira fase da dosimetria). Exemplificativamente: HC 274149/SP; HC 268570/SP; REsp 1330978/SP.

Com relação a isso, tenho sustentado que o princípio da legalidade inviabiliza que **causas de aumento de pena** sejam consideradas como fundamentos exclusivos para a apreciação do regime prisional adequado ao caso concreto, já que o Código Penal não deixa nenhuma dúvida de que, para além da reincidência e do *quantum* de pena aplicado (art. 33, §2.º), os únicos argumentos autênticos para a agravação do regime prisional devem guardar relação com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo código. Como dito anteriormente, todavia, o caso destes autos é diverso, pois a gravidade concreta do crime não levou em consideração somente as precitadas majorantes, mas sim circunstâncias que deixaram de ser desvaloradas na primeira etapa da dosimetria por nítida benevolência do magistrado.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Entretanto, CONCEDO A ORDEM, de ofício, para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, tão somente na terceira fase da dosimetria da pena, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0013238-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 231.510 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12132010 14932010 296205720108260309 3090120100296202

EM MESA

JULGADO: 26/11/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROSELY GALVAO MOTA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WASHINGTON CLAYTON DA SILVA

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 unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.