



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.215 - SP (2011/0046904-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : CLARISSA PORTAS BAPTISTA DA LUZ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AGOSTINHO DE JESUS SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DO ARTEFATO ATESTADO PELA PALAVRA DA VÍTIMA. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS) COM BASE APENAS NO NÚMERO DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 443, DESTA CORTE. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO NA MECÂNICA DELITIVA E NA MAIOR PERICULOSIDADE DO PACIENTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No julgamento do EREsp nº 961.863/RS, ocorrido em 13/12/2010, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou compreensão no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.

2. Na hipótese dos autos, o emprego da arma restou cabalmente atestado pela própria vítima, motivo pelo qual deve ser mantida a causa de aumento de pena em questão.

3. 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. Súmula 443 do STJ.

4. Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor no apenamento, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo para o cometimento da infração, bem como a ocorrência do concurso de pessoas, circunstância que evidencia a acentuada periculosidade do paciente.

5. Ademais, em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade, sendo certo que a diferença entre as condutas deverá ser feita, justamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no estabelecimento do regime prisional.

6. Habeas corpus parcialmente concedido tão somente para determinar ao juízo monocrático que redimensione a pena imposta ao paciente, reduzindo a 1/3 (um terço) a majoração decorrente das duas causas de aumento do roubo, devendo, ainda, readequar proporcionalmente a pena de multa.

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.215 - SP (2011/0046904-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Agostinho de Jesus Silva, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos ter sido o paciente condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e V, do Código Penal, condenação mantida em sede de apelação criminal.

No presente **writ**, sustenta a impetrante constrangimento ilegal no reconhecimento da majorante do emprego de arma, uma vez que o artefato não teria sido apreendido e, tampouco periciado.

Afirma, ainda, que a exasperação na terceira fase de aplicação da pena teria se dado com base tão somente no número de causas de aumento e que a imposição do regime fechado foi fundamentada apenas na gravidade abstrata do delito de roubo.

Requer, assim, seja afastada a majorante do emprego de arma e reduzido o patamar de exasperação, na terceira fase de aplicação da pena, para o mínimo legal de 1/3 (um terço). Pugna, também, pela fixação do regime semiaberto para início de desconto da sanção corporal.

A liminar foi indeferida à fl. 54 pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, antigo relator.

Prestadas informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 102/106), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.215 - SP (2011/0046904-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Tenho que a ordem merece parcial deferimento.

Inicialmente, quanto à incidência do emprego da arma de fogo não apreendida, tenho que o **writ** não comporta concessão.

No julgamento do EREsp nº 961.863/RS, ocorrido em 13/12/2010, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou compreensão no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.

Na hipótese dos autos, o emprego da arma restou cabalmente demonstrado, uma vez que, conforme consta da inicial acusatória, o paciente chegou a desferir um golpe com a coronha do revólver na cabeça de uma das vítimas, motivo pelo qual deve ser mantida a causa de aumento de pena em questão.

Nesse sentido:

A - PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO MAJORADO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. SÚMULA N.º 440/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

*I. Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do **habeas corpus**.*

*II. A questão posta neste **writ** retrata exceção que deve ser analisada na via eleita, por estar configurada flagrante ilegalidade, sendo que parte da irresignação é fundada, inclusive, em questão já sumulada por esta Corte.*

III. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que a caracterização da majorante prescinde da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova evidenciar o seu emprego, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal.

*(...) (HC 186.583/SP, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe de 24/08/2011.)*

B - HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. UTILIZAÇÃO DE DUAS MAJORANTES NA PRIMEIRA ETAPA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VIABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NÃO RECUPERAÇÃO DA RES FURTIVA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do piso legal e o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.

2. No caso, foram valoradas negativamente a culpabilidade, a personalidade, as circunstâncias e consequências do crime, além de ter utilizado duas majorantes na primeira etapa do critério trifásico.

*3. Em relação às consequências do delito, o fato de a vítima não ter recuperado a **res furtiva** é inerente ao tipo penal, não podendo servir de motivo agravador da reprimenda.*

4. Consoante o entendimento consolidado no âmbito da Terceira Seção desta Corte, o emprego de arma de fogo pode ser comprovado por outros meios, não sendo necessária a apreensão do artefato e submissão a perícia.

*5. Ordem parcialmente concedida para, afastando a circunstância judicial indevidamente valorada como negativa, reduzir a pena recaída sobre o ora paciente, mantido o regime fechado para o início de desconto da sanção corporal. (HC 188.615/DF, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 29/08/2011.)*

Entretanto, melhor sorte ostenta a impetrante quanto ao pleito de redução da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fração de aumento utilizada na terceira fase de aplicação da pena.

Na parte que interessa, veja-se o que disse o magistrado sentenciante:

Em seguida, considerando a incidência de duas causas de aumento, aumentei a pena em 3/8, alcançando a pena definitiva de cinco anos e seis meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.

Realmente, a majoração no mínimo, no caso, utilizando o mesmo critério de quando se faz presente apenas uma causa de aumento, equivaleria a dar tratamento igual a situações absolutamente desiguais, implicando em apreciação parcial da disposição legal.

E, em razão da alteração do número de causas de aumento, que passaram de três para cinco (CP, artigo 157, § 2º, Lei nº 9.426/96), a jurisprudência mais atualizada vem alterando o critério anterior, adotando 1/3, 3/8, 5/12, 11/24 e 1/2, conforme o número das causas de aumento caracterizadas.

Depreende-se da sentença condenatória que a majoração, na terceira etapa de aplicação da pena, se deu acima do mínimo legal de 1/3 com base apenas no número de causas de aumento, o que vai de encontro com o enunciado de Súmula nº 443 desta Corte. Confira-se:

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.

Nesse caso, à míngua de fundamentação concreta que justifique o acréscimo, a sanção deve ser redimensionada, reduzindo-se o mínimo legal - 1/3 (um terço) - a majoração decorrente das duas causas de aumento do roubo.

Não há, também, como atender ao pedido de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a escolha pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito - como afirma a impetrante -, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor no apenamento, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo para o cometimento da infração, mais a restrição à liberdade da vítima.

Ademais, conforme consta da sentença, o paciente ostenta condenação anterior por delito de roubo triplamente qualificado e por outros delitos, a expressar sua periculosidade, demonstrando, assim, sua obstinada tendência para a prática delituosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Veja-se, por oportuno, parte do que disse o decreto condenatório sobre a questão (fls. 40/41):

A pena será cumprida inicialmente em regime fechado, observado o disposto artigo 33, parágrafo 3º do Código Penal, combinado com o artigo 59 do mesmo estatuto.

Não há dúvida de que o roubo é, nos dias de hoje, especialmente nesta cidade, uma das mais alarmantes manifestações da criminalidade violenta. Evidente que o Judiciário não pode ficar alheio à realidade dos jurisdicionados. Dele é exigível aplicar, no caso concreto, a resposta mais adequada, ou seja, necessária e suficiente, à reprovação e prevenção do crime.

Por isso não há qualquer incongruência na fixação do regime fechado ao autor de roubo que teve a sua pena-base aplicada no mínimo legal.

(...)

Considerando que o réu ostenta condenação anterior por delito de roubo triplamente qualificado, bem como condenação por outros delitos, a demonstrar a periculosidade do réu, bem como que o presente crime não constitui um fato isolado em sua vida, a fim de garantir a ordem pública e a efetiva aplicação da lei penal, deverá permanecer sob custódia, sem prejuízo do conhecimento do recurso porventura interposto.

Em caso análogo, esta Quinta Turma assim decidiu:

(...)

*REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA FECHADA. **MODUS OPERANDI**. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE. CONCESSÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BENÉFICO. IMPOSSIBILIDADE. FORMA MAIS SEVERA. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.*

*1. Tendo a sentença e o acórdão impugnado concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento de pena, diante da gravidade concreta do delito cometido, evidenciada pelo **modus operandi** empregado, revelador da maior periculosidade dos agentes envolvidos, dentre eles o paciente, não há o que se falar em concessão de regime prisional mais benéfico, mostrando-se justificada a manutenção do modo fechado para o resgate da sanção.*

*2. Ordem denegada. (HC 183.204/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 10/06/2011.)*

Ademais, em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, penso que não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade.

Não há dúvidas de que o crime praticado com emprego de arma de fogo expressa maior periculosidade social do agente e, embora tal fato não possa ser sopesado no exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, por constituir causa de aumento a ser analisada na 3ª fase de aplicação da pena, nada obsta o reconhecimento de que o roubo foi cometido em circunstância especial apta a exigir a imposição do regime fechado para o início de cumprimento da sanção corporal.

Dessa forma, se durante a fixação da pena a fração de exasperação é a mesma para o roubo praticado com arma branca e para o cometido com emprego de arma de fogo - aspecto quantitativo -, justamente no estabelecimento do regime prisional é que a diferenciação entre ambas as condutas deverá ser feita - aspecto qualitativo -, de forma que o enunciado de Súmula nº 440, desta Corte, que veda a imposição do regime fechado com base apenas na gravidade abstrata do crime, somente poderá ser aplicado quando o estabelecimento do regime menos rigoroso se mostrar suficiente para o caso e na hipótese da fixação da pena-base no mínimo legal refletir, de fato, uma menor reprovabilidade da conduta do agente.

Evidente, ainda, que o agente que se utiliza de arma de fogo para subtrair bens da vítima atua com ousadia e periculosidade extremadas, estando disposto a "matar ou morrer", o que torna a infração mais grave e reprovável, sendo certo que o regime fechado é o mais adequado para a reprovação da conduta.

Destarte, tenho a plena convicção de que a aplicação da mesma quantidade e qualidade de pena aos que praticam crime de roubo com arma branca ou imprópria, e aos que cometem com arma de fogo, sinalizaria verdadeiro estímulo à conduta mais grave e perigosa, ou seja, ao emprego de instrumento com maior capacidade de intimidação e de destruição, sem nenhuma consequência adicional.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem tão somente para determinar ao juízo monocrático que redimensione a pena imposta ao paciente, reduzindo a 1/3 (um terço) a majoração decorrente das duas causas de aumento do roubo, devendo, ainda, readequar proporcionalmente a pena de multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0046904-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.215 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50060768452

82008

990103063066

EM MESA

JULGADO: 11/10/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLARISSA PORTAS BAPTISTA DA LUZ - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : AGOSTINHO DE JESUS 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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.