



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.600 - SP (2011/0058011-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : PRISCILA SIMARA NOVAES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JACQUES SANTOS FERRAZ DE MELO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO NA FORMA TENTADA. 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. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA PRESENÇA DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 440 DO STJ. SUMULAS 718 E 719 DO STF. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. CABIMENTO. 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. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via estreita do *habeas corpus*.

4. A presença de duas causas de aumento no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) 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, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

5. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

6. Aplicação da súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

7. Embora o Paciente não faça jus ao benefício de substituição da pena, porque o delito foi cometido mediante grave ameaça, preenche os requisitos legais para obtenção do benefício de suspensão condicional da pena.

8. Ordem concedida para reduzir para 1/3 (um terço) a majoração da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, em razão das causas de aumento, e fixar a reprimenda em 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, bem como para possibilitar a suspensão condicional da pena ao Paciente, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juiz da Execução.

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 maioria, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Gilson Dipp, que não conhecia do pedido e concedia "Habeas Corpus" de ofício.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.600 - SP (2011/0058011-1)

IMPETRANTE : PRISCILA SIMARA NOVAES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JACQUES SANTOS FERRAZ DE MELO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de JACQUES SANTOS FERRAZ DE MELO – condenado em primeira instância às penas de 01 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 04 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, incisos I e II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal –, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Paciente *"para o fim de alterar o regime carcerário para o semiaberto, mantido no mais, a respeitável sentença"* (fl. 63).

Alega o Impetrante, em suma, que *"não há como saber se o objeto que a vítima viu era simulação de arma de fogo, arma de brinquedo, arma desmuniada ou mesmo arma desfuncional"*, e por isso, *"sem a prova concreta e efetiva da pontecialidade lesiva do suposto instrumento avistado pela vítima, não há que se falar na aplicação da causa de aumento"* pelo emprego de arma (fl. 04).

Defende que mesmo diante do reconhecimento de duas majorantes, a fração de aumento deveria ser de 1/3, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

Sustenta que o Paciente faz jus ao regime prisional aberto, vez que preenche os requisitos objetivos previstos no art. 33, § 2.º, do Código Penal, e a sentença condenatória considerou favoráveis todas as circunstâncias judiciais (fl. 07).

Pede, assim, para afastar a causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo ou, subsidiariamente, reduzir o *quantum* de aumento da pena em razão das duas majorantes. Requer, ainda, a fixação do regime inicial aberto e a suspensão condicional da pena (fl. 09/10).

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações do órgão jurisdicional Impetrado.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 86/89, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.600 - SP (2011/0058011-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO NA FORMA TENTADA. 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. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA PRESENÇA DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 440 DO STJ. SUMULAS 718 E 719 DO STF. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. CABIMENTO. 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. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via estreita do *habeas corpus*.

4. A presença de duas causas de aumento no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) 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, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

5. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

6. Aplicação da súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça e das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

7. Embora o Paciente não faça jus ao benefício de substituição da pena, porque o delito foi cometido mediante grave ameaça, preenche os requisitos legais para obtenção do benefício de suspensão condicional da pena.

8. Ordem concedida para reduzir para 1/3 (um terço) a majoração da pena, em razão das causas de aumento, e fixar a reprimenda em 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, bem como para possibilitar a suspensão condicional da pena ao Paciente, mediante as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condições a serem estabelecidas pelo Juiz da Execução.

VOTO

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

De início, *"a defesa insiste no pleito pelo afastamento da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo, ou, na hipótese improvável de manutenção do entendimento ora impugnado, na redução para 1/3 do gradiente de elevação da pena em função da presença de duas causas especiais de aumento"* (fl. 03).

Cumprе ressaltar que a matéria ora submetida à apreciação desta Corte – relativa 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.

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 Juízo sentenciante reconheceu a causa de aumento, apesar de não ter sido apreendida e periciada a arma, *"pois a vítima assegurou que foi subjugada com o emprego de arma de fogo, com capacidade de infundir temor, sendo, pois, prescindível a apreensão da arma de fogo utilizada na ação criminosa"* (fl. 34).

Asseverou, ainda, que *"a prova oral produzida sob o crivo do contraditório*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrou que o réu tentou roubar a vítima, com o emprego de arma de fogo, previamente ajustado com pelo menos um indivíduo" (fl. 33).

Por sua vez, o Tribunal Impetrado manteve o reconhecimento da majorante sob os seguintes fundamentos:

"Adentrando na análise das teses recursais, ao contrário do que prega a denodada defensoria pública, ficaram comprovadas as causas especiais de aumento de pena referentes ao concurso de agentes e emprego de arma. Notória a ocorrência desta última, pois embora não tenha sido apreendida - e, portanto, não realizada perícia -, este pormenor resta convalidado pelas seguras declarações da vítima, que ressaltou o seu uso, inclusive para ameaçá-la, de modo que a jurisprudência dominante entende bastar a prova oral para que essa qualificadora atinja a configuração (TJDF - Ap. Crim. nº APR1962399 DF, Ac. nº 117725, j. em 26/08/99, publ. no Diário da Justiça do D.F. em 29/09/99, pág. 17; Ap. Crim. nº 19980410062258APR DF, Ac. nº 116253, j. em 30/06/99, publ. no Diário da Justiça do D.F. em 25/08/99, pág. 84; TACRIMSP - Rev. Crim. nº 337.364/2, 8º Grupo de Câmaras, Rei. o Juiz VIDAL DE CASTRO, j. em 29/04/99). Além disso, o réu foi detido algum tempo após a tentativa de roubo, o que permitiria, em tese, que ele, ou o comparsa que conseguiu fugir, se desfizessem desse instrumento." (fl. 67; grifei)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.)

No que concerne ao aumento decorrente das majorantes previstas no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, verifica-se que o Juízo da 15.^a Vara Criminal da Comarca da Capital/SP condenou o ora Paciente nos seguintes termos:

"Na primeira fase, diante das circunstâncias judiciais favoráveis, especialmente a primariedade do réu (fls. 71), fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase, não há atenuantes ou agravantes. Na terceira fase, aumento esta pena de (3/8) três oitavos, pois na hipótese vertente ocorreram duas causas de aumento de pena, atingindo, assim, 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Pela tentativa, reduzo a pena em (2/3) dois terços, perfazendo 01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, além de 04 (quatro) dias-multa para o crime de roubo tentado circunstanciado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo. Assim, torno a pena fixada em definitiva, por não encontrar nenhuma outra circunstância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificadora aplicável." (fl. 35)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nesse particular, manifestou-se nos seguintes termos, *in verbis*:

"Por outro lado, as penas foram bem aplicadas em Primeira Instância, e não comportam alteração, pois ativeram-se ao mínimo legal, na primeira fase de dosagem; outrossim, o crime de roubo foi duplamente qualificado, de modo que aplicado o acréscimo de três oitavos (3/8), adotado por esta Colenda Câmara, diante do aumento de causas especiais de acréscimo de penas, previsto nos incisos acrescidos ao § 2º do artigo 157 do Código Penal, decorrente da modificação legislativa advinda com a Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, traduzindo uma resposta penal adequada e justa, além de proporcional, não se descuidando de que sua fixação foi realizada dentro das balizas estabelecidas pelas margens penais e da discricionariedade que é dada ao juiz no processo individualizador da pena." (fl. 67)

Verifica-se o irregular acréscimo da pena decorrente das majorantes previstas no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal implementado em 3/8, acima do mínimo legal que é de 1/3, sem fundamentação, já que considerado apenas o critério quantitativo.

Com efeito, a presença de mais de uma causa de aumento de pena não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constata a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da majoração, o que não ocorreu na hipótese.

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.**"* (grifou-se.)

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, § 2º, 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 restou consolidado no enunciado n.º 443 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, *ad litteram* :



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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."

Portanto, restou evidenciada a contrariedade ao entendimento pacificado nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que o percentual aplicado na terceira fase da aplicação da pena deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem uma maior elevação, utilizando-se o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e por obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal).

Assim, diante da pena-base fixada em 04 anos de reclusão, majoro em 1/3, pela presença das duas causas de aumento (emprego de arma e concurso de agentes) e reduzo de 2/3 pela tentativa que, à míngua de outras causas modificativas, fica definitivamente estabelecida em em 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 04 dias-multa.

Alega o Impetrante, ainda, constrangimento ilegal na fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena privativa de liberdade pelo Tribunal de origem, com base nos seguinte fundamentos:

"Quanto ao regime de cumprimento, inicialmente, cabe afastar a preliminar de nulidade, que fora argüida pela defesa, pois em primeiro lugar, a Magistrada que proferiu a respeitável sentença analisou, com esmero e tirocínio, todos os elementos de prova existentes nos autos, fazendo uma análise abrangente e completa, não se olvidando de nenhum pormenor, erigindo sua convicção quanto à necessidade de estabelecer um regime mais severo, face as peculiaridades do caso e a insuficiência preventiva e retributiva de um regime mais brando. Cumpriu-se, à risca, o enunciado contido no artigo 93, IX, da Constituição Federal e artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal. Num julgado do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo ficou assentado, em ementa, que "Se, ao sentenciar o feito, o Juiz se estende no exame das provas produzidas, dando as razões seu convencimento para concluir pela procedência ou improcedência da denúncia, não há base legal para inquinar-se de nula sua decisão, aí perfeitamente ajustada ao que vem disposto no artigo 381, III, do Código de Processo Penal. Do juiz se exige que fundamente sua decisão, notadamente a sentença prolatada ao final do processo, onde deve transparecer o exame do quadro probatório trazido para os autos. Não está obrigado, todavia, a responder minudentemente a todas as questões de mérito deduzidas em que umas e outras devessem constar do texto individualizadamente, item por item. Não necessitará (o sentenciante), ao justificar sua convicção, preocupar-se em dar resposta a todas as questões emergentes no processo. Muitas serão de improcedência manifesta e seria levar longe demais o cumprimento do dever de motivação o pretender-se que o juiz tenha de demonstrar as mais resplandecentes evidências. Do seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bom-senso espera-se que selecione, para discutir, o que infunda impressão de verossimilhança, ou mesmo que não infunda, o que se entremostre de certo relevo para o procurado desfecho. (Basileu Garcia)". (Apelação 1.101.489/1, 1ª Câmara, Rei. o Juiz, hoje Desembargador PIRES NETO, in RJTACRIMSP 42/254-255). Em segundo lugar, como bem lembrou o Procurador de Justiça oficiante, em seu louvável parecer, à fl. 160: "a fixação de regime poderia ser corrigida em Segundo Grau, sem necessidade de anular a r. decisão monocrática".

Contudo, o regime deve ser alterado para o semiaberto, que se mostra justo e proporcional na repressão do delito em questão, consideradas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, que é tecnicamente primário (cf. F.A. às fls. 71-98), as quais foram expressamente reconhecidas pela respeitável sentença, assim como as circunstâncias em que se deram os fatos, bem como suas conseqüências. Assim, nos termos excepcionalmente do artigo 33, § 3º, e do artigo 59, ambos do Código Penal, fica estabelecido o regime prisional intermediário, satisfatório como resposta ao caso em apreço." (fls. 68/69)

Verifica-se que ainda persiste o constrangimento ilegal, na medida em que o regime mais gravoso, no caso o semiaberto, foi estabelecido em face da gravidade abstrata do delito, malgrado tenha sido a pena-base fixada no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis, para condenado reconhecidamente primário e demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Incide, no caso, a súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça que estabelece: "[f]ixada 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."

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual "se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese" (HC 72.315/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, a propósito, os verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Por fim, pugna a Impetrante pela suspensão condicional da pena imposta ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paciente, nos termos do art. 77 do Código Penal.

O Código Penal determina expressamente que o Magistrado, ao fixar a reprimenda, deve analisar a possibilidade da substituição da pena, para, posteriormente, caso não seja aplicável a referida benesse, verificar o cabimento da suspensão condicional da pena.

Confirmam-se as disposições dos arts. 44 e 77, do Código Penal, *in verbis*:

"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente."

"Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código."

Na hipótese, o Juízo Processante, à época, deixou de aplicar os benefícios de substituição e suspensão da pena, pelos seguintes motivos:

*"Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor do que dispõe o art. 44, I, do Código Penal, pois **o delito foi praticado mediante grave ameaça.***

Tampouco é cabível a suspensão condicional da pena, a teor do disposto no art. 77, II, do Código Penal, ante a gravidade da conduta praticada pelo acusado." (fl. 37; sem grifos no original)

Embora o Paciente não faça jus ao benefício de substituição da pena, porque o delito foi cometido mediante grave ameaça, preenche aos requisitos legais para obtenção do benefício de suspensão condicional da pena, pois é reconhecidamente primário, teve todas as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis e foi condenado a pena inferior a 02 anos de reclusão. A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. PENA FIXADA EM DOIS ANOS DE RECLUSÃO. SURSIS. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Tendo o acusado sido condenado à pena de dois anos de reclusão, no regime inicial aberto, e preenchendo os requisitos do art. 77 do Código Penal, há de lhe ser deferida a suspensão condicional da pena. Precedentes.

2. Ordem concedida para deferir a suspensão condicional da pena, cabendo ao juízo da execução impor as condições a serem cumpridas pelo condenado." (HC 79.513/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 07/06/2010.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PELA SENTENÇA. ALTERAÇÃO PARA O SEMIABERTO PELO TRIBUNAL A QUO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SURSIS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos da Súmula 718/STF, "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

2. E, ainda, segundo Súmula 719/STF, "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Na hipótese em exame, não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, ou seja, em 4 anos de reclusão, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena aplicada (1 ano e 4 meses de reclusão), em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do referido diploma legal.

4. É cabível a suspensão condicional da pena quando preenchidos os requisitos constantes do art. 77 do CP, tais como pena não superior a 2 anos, primariedade e circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente.

5. Ordem concedida para restabelecer a sentença." (HC 157.218/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 17/05/2010.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. TENTATIVA. REGIME INICIAL SEMI-ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO FUNDAMENTADO NA GRAVIDADE DO CRIME. IMPROPRIEDADE. SÚMULA N.º 718 DO STF.

1. Na esteira dos precedentes que informam a jurisprudência desta Corte, fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Incidência da Súmula nº 718 do Pretório Excelso.

2. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, que concedeu aos Pacientes a suspensão condicional das penas aplicadas e garantiu-lhes, em caso de cumprimento da pena privativa de liberdade, o regime aberto." (HC 34.527/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

02/08/2004.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. FORMA TENTADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. SURSIS. ART. 77, DO CP.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "c", e § 3º, do CP.

III - "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

IV - Atendidos os requisitos exigidos pelo art. 77, do Código Penal, afigura-se viável a concessão do benefício da suspensão condicional da pena (sursis).

Ordem concedida." (HC 31.999/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 10/05/2004.)

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM para reduzir para 1/3 (um terço) a majoração da pena, em razão das causas de aumento, e fixar a reprimenda em 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, bem como para possibilitar a suspensão condicional da pena ao Paciente, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juiz da Execução.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.600 - SP (2011/0058011-1)

VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP:

Sr. Presidente, não conheço do *habeas corpus* pela substitutiva do recurso especial, mas concedo a ordem de *habeas corpus* de ofício, em função das Súmulas n. 440 e 443.

**PRESIDENTE O SR. MINISTRO JORGE MUSSI
RELATORA A SRA. MINISTRA LAURITA VAZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0058011-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 200.600 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50100320384 7462010 990103658914

EM MESA

JULGADO: 15/09/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PRISCILA SIMARA NOVAES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JACQUES SANTOS FERRAZ DE MELO

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 a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Gilson Dipp, que não conhecia do pedido e concedia "Habeas Corpus" de ofício.