



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 151.190 - RJ (2009/0205895-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ANDERSON DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. INVIABILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. O fato de terem sido duas as vítimas e que, em razão da ação criminosa, uma delas foi lesionada, são argumentos que, à toda evidência, justificam maior apenamento na primeira etapa da dosimetria, pois indicam maior reprovabilidade da conduta do paciente e negatividade da forma como cometido o crime.

2. Embora a violência seja parte integrante do delito do art. 157 do CP, sua maior ou menor intensidade podem e devem ser mensuradas por ocasião da aplicação da sanção, em fiel observância ao princípio da individualização da pena.

3. Esta Corte Superior tem entendimento sumulado de que, em respeito ao princípio da presunção de não-culpabilidade, não podem ser considerados, para caracterização de maus antecedentes, má conduta social ou de personalidade negativa, condenação anterior ainda não transitada em julgado (Sumula 444 do STJ).

ROUBO. EMPREGO DE 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. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP.

1. Consoante recente julgado da Terceira Seção deste Tribunal Superior, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS).

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.

ROUBO. DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA EM 3/8 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 443 DESTA STJ. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA. PENA REDIMENSIONADA.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de duas causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. Verificando-se que a Corte de origem fixou a fração de 3/8 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior Tribunal. Exegese da Súmula 443 desta STJ.

EXECUÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA FECHADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REITERAÇÃO CRIMINOSA. FORMA MAIS SEVERA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA.

1. Tendo a sentença e o acórdão concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento da pena, haja vista a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais e ainda levando-se em conta a reiteração criminosa, justificada está a imposição do modo prisional mais gravoso.

2. Ordem parcialmente concedida apenas para afastar a circunstância judicial dos maus antecedentes, bem como para alterar o patamar de aumento da pena de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), redimensionando-se a reprimenda do paciente definitivamente para **6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa**, mantidos, no mais, a sentença e o aresto impugnado.

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 Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2012. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 151.190 - RJ (2009/0205895-5) (f)

IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ANDERSON DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública e outro em favor de ANDERSON DOS SANTOS contra acórdão da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, julgando a Apelação Criminal n.º 5.631/2009, interposta pela defesa, deu-lhe parcial provimento, tão-somente para reduzir a reprimenda imposta ao paciente para 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e pagamento de 90 (noventa) dias-multa, mantendo, no mais, a sentença que fixou o regime inicial fechado e o condenou pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 65, I, ambos do Código Penal.

Sustentam os impetrantes a ausência de fundamentação idônea que justifique a fixação da pena-base demasiadamente acima do mínimo legal, salientando que a existência de sentença penal condenatória anterior contra o paciente, não geradora de reincidência, não pode, por si só, justificar "*recrudescimento tão severo (na metade do previsto no tipo)*" (fls. 5).

Argumentam que a violência ou grave ameaça são elementos constitutivos do crime de roubo, não podendo configurar causa a autorizar a imposição de reprimenda mais rigorosa.

Aduzem que "*a simples existência de duas qualificadoras não têm o condão de elevar a reprimenda acima de um terço, sem fundamentação em elementos concretos dos autos, em observância ao art. 68 do Código Penal, não bastando a simples alusão à quantidade de causas para justificar o acréscimo*" (fls. 7).

Defendem que, na hipótese, o aumento não pode ultrapassar 1/3 (um terço) pois, para que haja a incidência da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo seria necessária a apreensão do objeto e confecção de laudo pericial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atestando sua potencialidade lesiva, o que, aduzem, não ocorreu na espécie.

Afirmam que "a única hipótese de afastar-se a exigência da perícia seria quando possível a comprovação dessa potencialidade lesiva por outro meio de prova, ou seja, prova que houve efetivo disparo, o que inocorreu a hipótese em tela" (fls. 10).

Aduzem, ainda, que o sentenciado não é reincidente e tem o direito a iniciar o cumprimento de sua reprimenda no regime semiaberto, conforme disposição do art. 33, § 2º, "b", do referido Diploma Repressor, ressaltando a ausência de fundamentação idônea para a imposição de regime mais gravoso e que a gravidade abstrata do delito não pode servir de fundamento para a fixação do modo mais severo de execução, conforme enunciado nas Súmulas ns. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requerem, assim, a concessão da ordem, para que seja reduzida a pena-base próximo ao mínimo legal, postulando ainda o afastamento da causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, a majoração da sanção na fração de 1/3 (um terço), e, por fim, a adequação do regime inicial de cumprimento da pena.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, apenas para reduzir a pena-base para 5 (cinco) anos de reclusão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 151.190 - RJ (2009/0205895-5) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 99 (noventa e nove) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 65, I, ambos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória, no dia 27-8-2008, "*o denunciado livre e voluntariamente, em unidade de ações e desígnios com outro indivíduo não identificado, subtraiu, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, quais sejam, documentos pessoais, cartões bancários, telefones celulares*", "*mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo*" (fls. 15).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, a qual foi parcialmente provida, para reduzir a reprimenda imposta para 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, mais multa, mantido, no mais, o édito condenatório.

No que se refere à sustentada ilegalidade na pena-base imposta ao paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o seguinte trecho da sentença condenatória, *verbis*:

Atendendo-se às diretrizes dos arts. 59 e 60 do Código Penal, verifica-se que a FAC, acostada às fls. 70/72, registra, apenas, um outro Processo, qual seja, de nº 2008.203.006276-0, desta mesma Vara. Refere-se a crime ocorrido em março/2008, como já referido, anterior, portanto, aos fatos aqui tratados. Mau antecedente. Ressalte-se que o Processo relativo à Lei de Entorpecente não pode ser aqui considerado para fins de fixação de pena, porque se refere a fatos posteriores àqueles ora julgados. Duas foram as vítimas do fato em questão. Quando do evento, o Réu acabou machucando a vítima Ana Paula, demonstrando dolo intenso. Tudo, pois, a ensejar a fixação da pena acima do mínimo de Lei, o que faço em 06 (seis) anos de Reclusão e pagamento de 72 (setenta e dois) dias-multa, no valor unitário mínimo. (fls. 34-35)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a sanção básica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

irrogada, sob a seguinte fundamentação:

Incabível, ainda, a redução das penas-base ao mínimo legal, face à gravidade do crime e personalidade do ora apelante, voltada para o crime, condenado por sentença datada de 28.01.09, por roubo qualificado tentado ocorrido em 02.03.08, que tramitou na mesma serventia (fls. 89/108).

O decisor de fls. 157/166, examinou com percuciência todas as teses lançadas, e observou as diretrizes do artigo 59 e seguintes do Código Penal, iniciando a pena-base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão, e 72 dias-multa, [...].

Dessa forma, atenta esta relatoria às diretrizes do artigo 59, do Código Penal, voto no sentido de manter-se as penas-base [...]. (fls. 93-94)

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Na hipótese em apreço, verifica-se que o juiz singular, quando da apreciação das circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis ao paciente as circunstâncias judiciais relativas à **culpabilidade**, aos **antecedentes** e às **circunstâncias do crime**, justificando que: "*verifica-se que a FAC, acostada às fls. 70/72, registra, apenas, um outro Processo, qual seja, de nº 2008.203.006276-0, desta mesma Vara. Refere-se a crime ocorrido em março/2008, como já referido, anterior, portanto, aos fatos aqui tratados. Mau antecedente*", e ainda que "*duas foram as vítimas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do fato em questão. Quando do evento, o Réu acabou machucando a vítima Ana Paula, demonstrando dolo intenso", e assim fixou a reprimenda básica em 6 (seis) anos de reclusão e a pecuniária em 72 (setenta e dois) dias-multa (fls. 35), neste quantum mantida pelo Tribunal impetrado, quando do julgamento do apelo defensivo (fls. 93).

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

E, quanto às circunstâncias do delito, ensina a doutrina que *"podem dizer respeito, por exemplo, à duração do tempo do delito, que pode demonstrar maior determinação do criminoso, ao local do crime, que pode indicar a maior periculosidade do agente; à atitude de frieza, insensibilidade do agente durante ou após a prática da conduta criminosa"* (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1. Saraiva: 2007, p. 444).

Observados tais critérios, no tocante à culpabilidade e às circunstâncias em que ocorrido o delito, não há ilegalidade a ser sanada através da via eleita, uma vez que o Juízo sentenciante bem salientou que foram duas as vítimas, o que por si só já justificaria o aumento, e, ademais, em razão da ação criminosa, uma delas foi lesionada (fls. 31), argumentos que, à toda evidência, justificam maior apenamento na primeira etapa da dosimetria, pois indicam maior reprovabilidade da conduta do paciente e negatividade da forma como cometido o crime.

Necessário esclarecer que, certo que a violência é parte integrante do delito do art. 157 do CP, contudo, sua maior ou menor intensidade podem e devem ser mensuradas por ocasião da aplicação da sanção, em fiel observância ao princípio da individualização da pena, e, no caso, das declarações da vítima, acostadas a fls. 40-43, percebe-se que, em razão da violência física empregada no assalto, a ofendida ficou com uma marca no dorso de sua mãe de quase 1 (um) cm de comprimento (fls. 41), a autorizar maior apenamento na primeira etapa da aplicação da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De se observar que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, como quer fazer crer o impetrante, em que se daria pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, como já salientado anteriormente, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

Melhor sorte socorre os impetrantes, contudo, no que diz respeito aos antecedentes criminais.

Ocorre que, da análise da folha de antecedentes criminais apontadas na sentença - fls. 70-72 dos autos principais - aqui juntadas a fls. 97-99, infere-se a ilegalidade aventada na inicial, já que há condenação anterior em desfavor do paciente por fato cometido em março de 2008, mas sem a data do trânsito em julgado, e, consoante orientação já sedimentada e sumulada nesta Corte Superior, ações penais ou inquéritos policiais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base (Súmula n. 444 deste STJ), em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade.

Nesse contexto, verifica-se que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal nesse ponto, razão da consideração negativa dos antecedentes, merecendo reparo o cálculo da reprimenda na primeira etapa da dosimetria.

Assim, e considerando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis já apontadas, fixa-se a pena-base do paciente **em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de de 50 (cinquenta) dias-multa**, que, em razão da atenuante da menoridade, reduz-se na segunda fase de 6 (seis) meses, como procedido na sentença (fls. 35), totalizando, nessa etapa, **4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantida a pecuniária**, que não sofre alteração nessa fase.

No tocante à majorante da arma de fogo, evidencia-se que a questão referente à legalidade ou não da sua manutenção, quando a arma não foi apreendida e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, findou dirimida neste Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EResp n. 961.863/RS, no dia 13-12-2010, pela sua Terceira Seção, que houve por bem rejeitar os embargos de divergência, em acórdão lavrado pelo Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp, assim ementado:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só - desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

(EResp 961863/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011)

No Informativo n. 460 deste Sodalício, restaram explicitados os motivos da rejeição dos embargos apontados em que se visava fosse solucionada a divergência existente entre as duas Turmas deste STJ no tocante à matéria ora em debate:

ROUBO. MAJORANTE. ARMA.

A Seção, ao prosseguir o julgamento, entendeu, por maioria, conhecer dos EResp, apesar de o acórdão colacionado como paradigma advir do julgamento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No mérito, firmou, também por maioria, que a aplicação da majorante constante do art. 157, § 2º, I, do CP não necessita da apreensão e da perícia da arma utilizada na prática do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubo se outros meios de prova evidenciarem seu emprego, por exemplo, os depoimentos dos condutores, da vítima e das testemunhas, ou mesmo quaisquer meios de captação de imagem. Anotou que essa exigência de apreensão e perícia da arma não decorre da lei, que recentes precedentes do STF têm a arma, por si só, como instrumento capaz de qualificar o roubo desde que demonstrada sua utilização por qualquer modo (potencial lesivo in re ipsa) e que, por isso, cabe ao imputado demonstrar a falta de seu potencial lesivo, tal como nas hipóteses de arma de brinquedo, defeituosa ou incapaz de produzir lesão (art. 156 do CPP). Precedentes citados do STF: HC 96.099-RS, DJe 5/6/2009, e HC 104.984-RS, DJe 30/11/2010. EREsp 961.863-RS, Rel. originário Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Rel. para acórdão Min. Gilson Dipp, julgados em 13/12/2010.

Na esteira do entendimento adotado pela Terceira Seção, pode-se citar os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.

2. Hipótese em que a Corte estadual assentou a existência de prova

oral suficiente a demonstrar a utilização da arma de fogo pelo réu, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.

3. Ordem denegada. (HC n. 164.063/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3-2-2011, DJU de 21-2-2011).

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. ASSALTO A AGÊNCIA BANCÁRIA. SUBTRAÇÃO DE VALORES E DE ARMAMENTO DOS VIGIAS DO ESTABELECIMENTO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, do CP. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DO PETRECHO PARA COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. TESE PREVALENTE NA 3ª SEÇÃO DESTA CORTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A deficiente instrução do writ inviabiliza o enfrentamento da alegação de que teriam sido utilizadas condenações sem trânsito em julgado a título de maus antecedentes.
2. Na hipótese, não cuidou a impetrante de juntar aos autos cópia da folha de antecedentes criminais, razão pela qual não se acolhe o pedido de redução da pena-base.
3. Segundo a orientação prevalente na Terceira Seção desta Corte, originada a partir do julgamento do EREsp nº 961.863/RS (julgado em 13.12.2010), para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não há a necessidade de apreensão da arma e submissão a perícia.
4. Em casos que tais, o efetivo emprego do artefato pode ser comprovado por outros meios, tais como as declarações da vítima ou depoimento de testemunhas.
5. No caso, os acusados ingressaram em agência bancária portando simulacros de arma e, ato contínuo, renderam os vigilantes, subtraindo os revólveres que estes portavam.
6. Ordem denegada. (HC n. 141.587/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16-12-2010, DJU de 14-2-2011).

Assim, restou confirmada a orientação que já vinha sendo seguida por esta Quinta Turma, pacificando nesse Superior Tribunal a questão referente à legalidade da aplicação da causa de especial aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, mesmo não tendo sido apreendido e periciado o revólver empregado no roubo, a fim de comprovar o seu poder vulnerante, quando existirem nos autos elementos de prova a atestar o seu efetivo emprego, não havendo, portanto, o que se falar em constrangimento ilegal na hipótese dos autos.

E isso porquanto, pode-se verificar que a utilização da arma de fogo está devidamente comprovada, tendo, inclusive, sido consignado pelo juiz sentenciante que *"no que tange ao uso de arma de fogo, tal foi afirmado por ambas as vítimas, sendo que apenas Gabriela viu a arma, achando tratar-se de um revólver"* (fls. 33).

A Corte impetrada, por seu turno, findou mantendo a aplicação da causa especial de aumento, consignando que: *"embora a arma não tenha sido apreendida, e ausente o laudo técnico, em nada obsta a aplicação da causa de aumento prevista no inciso I, § 2º, do artigo 157, do CP, comprovada sua utilização pela prova oral. A palavra da vítima, ratificada pelos demais elementos dos autos, tem valor relevante em crimes contra o patrimônio"* (fls. 93).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, e verificando que na hipótese em exame as instâncias ordinárias apoiaram-se nos relatos da vítima para concluir pela utilização de arma de fogo no delito perpetrado, não se pode dizer que a Corte impetrada incorreu em constrangimento ilegal.

Com efeito, de acordo com posicionamento firmado pela maioria dos componentes da Terceira Seção deste STJ, em observância à orientação do Supremo Tribunal Federal, que em vários precedentes tem firmado que a arma de fogo, por si só, já é dotada de poder vulnerante, decidiu-se que não há necessidade de comprovar-se pericialmente seu efetivo poder de fogo para justificar a aplicação da agravadora do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, quando presentes outros elementos probatórios a atestar o seu efetivo emprego na prática delitiva.

A propósito, pode-se citar o seguinte precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal:

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 produzir lesões graves.

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

VII - Precedente do STF.

VIII - Ordem indeferida. (HC 96.099/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 19-2-2009).

Nesse mesmo sentido, também do Supremo Tribunal Federal, tem-se:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE FOGO. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. INSTRUÇÃO CRIMINAL QUE EVIDENCIOU O EFETIVO MANEJO DO ARTEFATO OFENSIVO. PROVA TESTEMUNHAL. INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA MAJORANTE. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA.

1. À falta de apreensão da arma de fogo, mas comprovado o seu emprego por outros meios idôneos de prova, não há como refugar a aplicação do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

2. A incidência da circunstância majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do estatuto incriminador está justificada no maior potencial de intimidação e conseqüente rendição da vítima, provocadas pelo uso de arma de fogo. Precedente do Plenário do STF: HC 96.099, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski. Precedentes da Primeira Turma: 94.236 e 101.534, da minha relatoria. Precedentes da Segunda Turma: HC 94.448, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie; HC 94.616, da relatoria do ministro Celso de Mello.

3. Habeas corpus indeferido." (HC 104653, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 17/08/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010 EMENT VOL-02415-03 PP-00449).

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. (RHC 103544, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 18/05/2010, DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-03 PP-00564 RJP v. 6, n. 34, 2010, p. 103-107).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (HC 100187, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-03 PP-01087).

Diante das considerações já trazidas pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda por motivos de política criminal, haja vista o crescente aumento da criminalidade violenta, especialmente nas capitais e grandes cidades do país, este Relator vinha entendendo que exigir-se a perícia nesses casos teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o revólver empregado na prática delituosa, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

Agora, com o julgamento do EResp n. 961.863/RS, que unificou a jurisprudência deste Sodalício, não mais há o que se falar em constrangimento ilegal na manutenção da causa de aumento nas hipóteses em que a arma não foi apreendida e comprovado pericialmente seu poder de fogo, quando atestada a sua utilização por outros meios de prova.

Assim, e verificando-se que no caso concreto a prova oral colhida nos autos foi utilizada para atestar o uso efetivo de arma de fogo no assalto, restando plenamente comprovado o seu emprego, não há como excluir da condenação a causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157, pois, além de comprovada pelo relato aludido, o poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, ou seja, sustente ausência de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar a vítima, provar tal evidência, nos termos do contido no art. 156 do CPP, o que, diga-se, não ocorreu.

Por fim, vale ressaltar que este é o entendimento esposado pela doutrina majoritária, coincidente com a ensinança do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Código Penal Comentado*:

A materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser concretizada pela simples, mas verossímil, palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização da arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida. (7ª edição, RT:SP, 2007, p. 691)

No tocante às majorantes, observa-se que a Corte impetrada houve por bem alterar a fração de 1/2 (metade) aplicada pelo Magistrado singular, fixando em 3/8 (três oitavos) o patamar de elevação da reprimenda, argumentando para tanto o seguinte:

Todavia a ilustre sentenciante majorou, equivocadamente, a pena-base de 1/2 (metade) em face das duas causas especiais de aumento, destoando da orientação jurisprudencial que indica o percentual de 3/8 (três oitavos) adotados por esta Corte de Justiça. (fls. 93-94)

Verifica-se, assim, que o *quantum* de aumento de pena foi fixado considerando-se apenas a quantidade de majorantes imputadas ao sentenciado e, assim decidindo, a Corte *a quo* foi contra o enunciado sumular n.º 443 desta Corte Superior, *in verbis*: "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."

Assim sendo, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA DUPLA QUALIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE QUANTO À NECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DIANTE DO QUANTUM DA PENA IMPOSTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 2.º ALÍNEA B, e § 3.º DO CÓDIGO PENAL.

1. A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, não é cabível impor 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.

3. Habeas corpus concedido para fixar o aumento pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente. (HC n. 102.447/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27-11-2008, DJU de 19-12-2008).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DE PENA FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há como afastar a causa de aumento decorrente da aplicação do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, uma vez que a apreensão da arma de fogo utilizada na prática do referido delito é perfeitamente dispensável quando existem outros elementos nos autos capazes de comprovar o efetivo emprego do aludido instrumento.

2. Consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indicam a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal.

3. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma qualificadora, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminoso –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação.

4. In casu, o Tribunal de origem não fundamentou o acréscimo da reprimenda em 3/8, motivo por que o percentual de aumento da pena pelas qualificadoras previstas no art. 157, § 2º, I e II, deve ser fixado em apenas 1/3.

5. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, § 2º, do Código Penal). Súmulas 718 e 719 do STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses, em regime inicial semiaberto, e 12 dias-multa. (HC n. 97.134/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27-11-2008, DJU de 19-12-2008).

Desse modo, vislumbra-se presente o constrangimento ilegal apontado, impondo-se a concessão da ordem nesse ponto, pois não se apontou no aresto combatido justificativa circunstancial que permita a adoção da fração de 3/8 (três oitavos) na hipótese, devendo, portanto, ser reduzido o *quantum* do aumento ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), **totalizando a reprimenda do paciente definitivamente em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa**, haja vista a ausência de outras circunstâncias modificativas da pena.

No que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena, o juiz singular entendeu devida a fixação do modo inicialmente mais gravoso pois:

Como já destacado, o réu já responde a processo por outro roubo, em razão do qual foi recentemente condenado. Também como já referido, foi preso novamente, em janeiro deste ano, agora por tráfico e quadrilha. Naquele processo em que se deu a condenação, esta Magistrada revogara a prisão preventiva do réu ainda durante o curso do feito, soltura que se efetivara em 11-7-2008. Pouco mais de um mês depois, o réu praticou os fatos em questão. Tudo como se vê de fls. 51-69 e 89-108. [...] Corrobora isso sua prisão em flagrante recentemente ocorrida. Por todo o exposto, determino que inicie o cumprimento da pena em REGIME FECHADO [...]. (fls. 35)

A Corte impetrada, por sua vez, entendeu ausente qualquer ilegalidade na imposição do regime inicial fechado, sob o argumento de que "*permanecendo o regime fechado, mais adequado à reprimenda, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, para a prevenção e repressão delitivas, consoante a bem fundamentada sentença, por tratar-se de crime grave, cometido com violência contra pessoa*" (fls. 94).

Do trecho acima transcrito, observa-se que as instâncias ordinárias estabeleceram o modo inicialmente mais gravoso de forma justificada, haja vista a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade, circunstâncias do crime, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Ademais, a prática repetida de crimes da mesma espécie justifica o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encarceramento mais gravoso, ainda mais quando a remansosa jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse norte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. CONTRADIÇÃO. EQUÍVOCO CONFIGURADO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. CONSEQUÊNCIAS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Conforme dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou ambiguidade existentes no julgado.

2. A atribuição de efeitos infringentes somente é possível, excepcionalmente, nos casos em que, reconhecida a existência de um dos defeitos elencados nos incisos do art. 619, a alteração do julgado seja consequência inarredável da correção do referido vício;

bem como nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para a inversão do julgado.

Precedentes.

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes do STJ.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, a fim de, sanando a contradição apontada, manter o regime inicial fechado estabelecido pela sentença condenatória.

(EDcl no HC 202.357/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 03/11/2011)

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME CONTINUADO. 3 VÍTIMAS (DUAS COM 9 ANOS E UMA COM APENAS 6 ANOS). PENA CONCRETIZADA: 7 ANOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 6 ANOS. PACIENTE CONDENADO AO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO EM PRIMEIRO GRAU. ÓBICE À PROGRESSÃO CASSADO PELO TRIBUNAL A QUO. ELEIÇÃO DO REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL NÃO ADSTRITO À QUANTIDADE DA SANÇÃO IMPOSTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Na fixação do regime inicial de cumprimento da pena (art. 33, § 3º do CPB), o Juiz, com acerto judicante, não leva em conta tão só e apenas o total da reprimenda aplicada, mas realiza a análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do CPB), tendo em vista a finalidade de dito regime carcerário.
2. São distintos e inconfundíveis os propósitos e finalidades da operação intelectual do Juiz (i) para fixar o quantum da pena e (ii) para estabelecer o regime prisional do seu cumprimento, apesar de se valer do mesmo contexto de circunstâncias do art. 59 do CPB; na primeira delas, dá-se prioridade à verificação da culpabilidade do réu, mensurando a sanção pela medida necessária à repressão do ilícito, enquanto, na segunda, se tem como meta a segurança da sociedade e a reeducação do agente, daí porque não há correlação necessária ou de causa e efeito entre uma e outra operação. Esta correlação só ocorre quando a pena é superior a oito anos.
3. Inexiste constrangimento ilegal ou erro judicial na determinação do regime fechado para o início de cumprimento da pena, ainda que esta tenha sido fixada no mínimo legal, pois a forma de cumprimento não está adstrita à quantidade da sanção imposta, de maneira a obrigar o Magistrado a escolher regime mais brando apenas em função desse fator.
4. Se o Juiz, por benevolência, impuser pena mais branda do que a que deveria ter aplicado, não está ele obrigado a ser, também, benévolo na imposição do regime inicial de cumprimento dela, por não estar impedido de cumprir a lei com referência a esse regime. (HC 77.613/SP, Rel. para acórdão Min. MOREIRA ALVES, DJU 14.04.2000).
5. A Lei desatreia a pena aplicada do regime prisional, ainda que fundados nos mesmos critérios, ao impor o regime fechado ao condenado à pena privativa de liberdade superior a 8 anos e ao facultar o regime semi-aberto ao condenado à pena de mais de 4 até 8 anos (CPB, art. 33, § 2º, a e b), de forma a permitir que o Juiz, levando em conta a periculosidade do agente e a segurança da sociedade, imponha o regime prisional adequado. Faz o mesmo quando prevê a hipótese de transferência a regime mais rigoroso (CPB, art. 33, § 2º, e LEP, art. 118) (STF, HC 75.508/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU 07.11.1997).
6. Parecer do MPF pela concessão da ordem.
7. Habeas Corpus denegado. (HC 98.295/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/5/2008, DJe 30/6/2008)

Ante o exposto, **concede-se parcialmente** a ordem apenas para afastar a circunstância judicial dos maus antecedentes, bem como para alterar o patamar de aumento da pena de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), redimensionando-se a reprimenda do paciente definitivamente para **6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa**, mantidos, no mais, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença e o aresto impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0205895-5

HC 151.190 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20082030344855 200905005631 5631 56312009

EM MESA

JULGADO: 07/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ANDERSON DOS SANTOS

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 Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.