



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.447 - RJ (2010/0057048-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE DE ALMEIDA LOPES
PACIENTE : JOSÉ ROBERTO SANTOS GUIMARÃES

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO USO DA ARMA DE FOGO. INOCORRÊNCIA. OUTROS MEIOS DE PROVA. ADMISSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 2/5. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMIABERTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 440 DESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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

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

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelo conjunto probatório dos autos. Para 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*.

4. Súmula n.º 443/STJ: "[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." A ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, portanto, é ilegal.

5. Uma vez fixada a pena-base no mínimo legal, é incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena.

6. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 06 de março de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.447 - RJ (2010/0057048-6)

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE DE ALMEIDA LOPES
PACIENTE : JOSÉ ROBERTO SANTOS GUIMARÃES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE DE ALMEIDA LOPES e JOSÉ ROBERTO SANTOS GUIMARÃES, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que os Pacientes foram condenados, ambos, à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, pelo cometimento do crime de roubo circunstanciado pelo uso de arma de fogo e concurso de agentes (art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal).

No presente *writ*, pleiteia-se o afastamento da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo, em função da não realização de perícia; a redução da exasperação das causas de aumento, em decorrência da ausência de fundamentação para aplicação da fração de 2/5 (dois quintos); e, por fim, a fixação do regime prisional inicial semiaberto.

Sem pedido de liminar, foram requisitadas informações ao Tribunal Impetrado.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 90/124, com a juntada de peças processuais pertinentes ao feito.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, em parecer de fls. 34/50, cuja ementa é a seguinte:

"Habeas corpus. Roubo Majorado. Utilização de arma de fogo. Ausência de apreensão e perícia do artefato. Inexistência de outras provas. Redução da exasperação das causas de aumento. Ausência de fundamentação. Alteração de regime inicial de fechado para semi-aberto. Fundamentação insuficiente para fixação do regime fechado. Parecer pela concessão da ordem, para que seja afastada a qualificadora pelo emprego de arma, reduzida a exasperação da causa de aumento referente ao concurso de pessoas para 1/3 e fixado o regime semiaberto" (fl. 34).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.447 - RJ (2010/0057048-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO USO DA ARMA DE FOGO. INOCORRÊNCIA. OUTROS MEIOS DE PROVA. ADMISSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 2/5. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N.º 443 DESTA TRIBUNAL. FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMIABERTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 440 DESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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

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

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelo conjunto probatório dos autos. Para 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*.

4. Súmula n.º 443/STJ: "[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." A ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, portanto, é ilegal.

5. Uma vez fixada a pena-base no mínimo legal, é incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena.

6. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime semiaberto.

VOTO

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

Os Pacientes foram condenados, ambos, às penas de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, pelo cometimento do crime de roubo circunstanciado pelo uso de arma de fogo e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso de agentes (art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal).

Objetiva-se, na presente impetração, (i) o afastamento da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo em face da ausência de provas – apreensão e perícia –; (ii) a redução da fração de majoração das causas de aumento de 2/5 (dois quintos) para 1/3 (um terço); e (iii) concessão do regime semiaberto por ausência de fundamentação idônea capaz de justificar o regime mais severo.

Cumpre ressaltar, de início, que quanto à primeira tese da impetração – 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 – existiram grandes debates na jurisprudência e doutrina pátrias, tendo sido inclusive objeto de divergência 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.

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

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

Esclarecidas tais questões, a decisão de primeiro grau está assim fundamentada quanto ao reconhecimento da incidência da majorante em questão:

"[...]

A vítima Celso Adolfo Bejarano Ecard (fls. 149/150), motorista do táxi envolvido no episódio criminoso, esclareceu com pormenores a ação dos agentes. Afirmou que o acusado Alexandre foi quem a abordou primeiro, sendo que o de nome José Roberto foi aquele que chegou, em seguida, com a arma de fogo. Nesse sentido, bem elucidativos os trechos do depoimento, in verbis:

'que por volta de sete e meia a oito horas da noite, seguia pela Rua Conde de Bonfim; que aí viu um rapaz fazer sinal para o táxi; que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parou o táxi; que nessa hora, o rapaz já foi abrindo a porta traseira, vindo em seguida dois outros elementos, correndo; que os **elementos anunciaram o assalto e entraram os três no banco de trás; que viu arma de fogo só com um deles; que os elementos mandaram que o depoente tomasse determinado sentido** e que só queriam o carro; [...]'

*A respeito das qualificadoras alinhadas na peça preambular, tenho-as como bem positivadas. Conforme ficou bem explícito, houve pluralidade de agentes na realização da empreitada criminosa, aperfeiçoando-se, dessa forma, o concurso de pessoas. **E os roubos foram cometidos com o emprego de arma de fogo. Frise-se que é irrelevante o fato de a mesma não ter sido apreendida, conforme pensamento jurisprudencial majoritário, ajustando-se como uma luva o exemplo abaixo mencionado:***
[...]" (fls. 45 e 48; sem grifos no original).

O Tribunal impetrado, por sua vez, manteve a aplicação da majorante nos seguintes termos:

"[...]

*Contudo, pela singularidade do caso e **pelos depoimentos das vítimas**, restou evidenciada a impossibilidade de afastamento das qualificadoras, tornando inviável o acolhimento do pleito defensivo.*

Prescindível a apreensão da arma para caracterização da causa de aumento de pena no crime de roubo. Desde que comprovado em Juízo, através da palavra daqueles que sofreram a ação, que um dos criminosos apontou a arma e rendeu as vítimas, configurada está a majorante.

[...]"(fls. 73/74; sem grifos no original).

Como se vê, a despeito de não ter sido a arma apreendida e periciada, o seu efetivo uso na ação delituosa restou devidamente comprovado, consoante entenderam as instâncias ordinárias, de forma suficiente à caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal. 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 Quinta Turma:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

2. *Tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, que, apesar de fixada em patamar superior a 4 anos, não excede a 8, sendo de rigor, portanto, a fixação do regime semiaberto.*

3. *Habeas corpus concedido parcialmente para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena imposta na ação penal de que se cuida." (HC 177.215/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), DJe DE 17/12/2010.)*

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA E APREENSÃO DO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. EMPREGO DEMONSTRADO POR OUTROS ELEMENTOS. MANUTENÇÃO DA MAJORANTE. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I. Não obstante a ausência de apreensão e de perícia na arma de fogo, observou-se a existência de um conjunto probatório que permitiu ao julgador formar convicção no sentido da efetiva utilização de arma de fogo pelo réu, devendo ser mantida a qualificadora descrita no inciso I do § 1º do art. 157 do Código Penal. Precedentes.

II. O Plenário da Suprema Corte firmou orientação no sentido de ser dispensável a apreensão da arma ou a realização do exame pericial para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime (HC 96.099/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 05/06/2009.)

III. Considerando-se o quantum da reprimenda fixada, bem como o fato das circunstâncias judiciais terem sido consideradas desfavoráveis ao réu, o que implicou em fixação da pena-base acima do mínimo legal, o regime prisional inicialmente fechado mostra-se adequado para o desconto da reprimenda, nos termos do art. 44 do Código Penal.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator." (HC 161.606/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 25/10/2010.)

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

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

2. *Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

De outra banda, quanto à redução das causas de aumento relativas ao roubo, melhor sorte socorre ao Impetrante.

Consoante se verifica da fundamentação do acórdão recorrido, ao confirmar a majoração da pena, na terceira fase da dosimetria, assim consignou:

"[...]

Quanto ao pleito de redução do quantum aplicado referente as qualificadoras, melhor sorte não assiste a defesa.

*Com efeito, tendo a Lei 9.426/96 acrescentando duas qualificadoras ao § 2º do artigo 157, do Código Penal, elevando-as ao total de cinco (5), e encontrando-se os **acréscimos limitados entre percentuais mínimo de um terço (1/3) e máximo de metade (1/2)**, é possível estabelecer correspondência exata entre o número de qualificadoras e os mesmos percentuais, mediante frações de 1/3 (uma qualificadora), 2/5(duas), 5/12 (três), 11/24 (quatro) e 1/2 (cinco) para um resultado final exato e justo.*

[...]" (fl. 75)

Como se vê, levou-se em conta tão-somente o critério matemático para majorar a pena acima do percentual mínimo (presença de duas circunstâncias). Porém, a presença de mais de uma majorante no crime não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo previsto, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constate a existência de motivos idôneos que indiquem a necessidade da exasperação.

Conclui-se que a Corte Impetrada contrariou o entendimento pacificado neste Tribunal Superior no sentido de que o percentual acima do mínimo na terceira fase da dosimetria 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 da República).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC 102.447/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5.ª TURMA, DJ 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. [...].

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses, em regime inicial semi-aberto, e 12 dias-multa" (HC 97.134/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5.^a TURMA, DJ de 19/12/2008.)

Incide, na hipótese, portanto, a Súmula n.º 443/STJ: "[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."

Ou seja: a ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, na terceira fase da dosimetria da pena, é ilegal.

Desse modo, diante da ausência de justificativa concreta acerca da adoção de fração maior que o mínimo na exacerbação da pena, deve, portanto, ser reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar legal mínimo, equivalente a 1/3, excluindo-se a majoração considerada ilegal, de 2/5.

Assim, a pena-base de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, aumentada em 1/3, ao invés de 2/5, deve ser alvitada em 5 anos e 4 meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias multa.

Por fim, quanto ao regime de cumprimento da pena, por importante, transcrevo o seguinte trecho da sentença, quando tratou da dosimetria, *in verbis*:

"[...]"

Alexandre de Almeida Lopes – De acordo com sua folha penal (fls. 171/173), é primário.

1ª Fase; Quanto às circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, à luz do que preceitua o artigo 68, do mesmo diploma legal, verifica-se que a culpabilidade do réu, no caso concreto, não exarcebou ao que é estabelecido como o normal do tipo penal em referência [...].

Assim sendo, **fixo a pena-base em quatro anos de reclusão e no pagamento de dez dias-multa, com o valor unitário do DM, no mínimo legal.**

[...]"

José Roberto Santos Guimarães – O réu também é primário, de acordo com a FAC (fls. 174/176).

1ª Fase: Conforme já mencionado, a conduta desenvolvida não indicou um grau de desvalor que destoasse do que é considerado normal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para crimes deste viés. **Dessa forma, estabeleço a pena-base no mínimo legal**, qual seja, quatro anos de reclusão e no pagamento de dez dias-multa, com o valor unitário do DM, no mínimo legal.

[...]

Determino o regime fechado para o cumprimento inicial da pena prisional, considerando-se que os delitos de roubo, em que meliantes utilizam arma de fogo, têm resultado, não raro, consequências irreparáveis para as infelizes vítimas, justificando plenamente o regime ora determinado, [...]" (fl. 52; sem grifo no original.)

Por sua vez, o Tribunal local, mantendo a fundamentação da sentença condenatória, assim consignou a respeito do regime mais gravoso para cumprimento da pena, *litteris*;

"[...]

No que concerne ao regime inicial de cumprimento da reprimenda corporal, deve ser mantido o regime fechado, tendo em vista que as graves consequências que este tipo de delito gera na sociedade devem ser evitadas através de medidas mais rigorosas no sentido de conter a criminalidade, ainda mais quando há emprego de ameaça mediante o uso de uma arma, como no caso em tela, o que denota maior periculosidade do agente.

[...]" (fl. 76; sem grifos no original).

Consoante leitura da fundamentação esposada pelas instâncias ordinárias, verifica-se que a pena-base do Paciente foi fixada no mínimo legal (4 anos de reclusão), ante a sua primariedade e os bons antecedentes. **Não se pode, assim, determinar o regime fechado somente em razão da gravidade abstrata do crime cometido.**

A imposição ao Paciente de regime fechado para o início do cumprimento da pena deve ser alterado, adequando-se à individualização da sanção criminal.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. 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 PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Hipótese na qual o emprego da arma de fogo restou demonstrado pelo testemunho das vítimas. Apesar da ausência de sua apreensão e perícia, observou-se a existência de um conjunto probatório que permitiu ao julgador formar convicção no sentido da efetiva utilização, devendo ser mantida a majorante descrita no inciso I, do § 1º, do art. 157 do Código Penal. Matéria pacificada na 3ª Seção desta Corte, no julgamento do EREsp. n.º 961.863/RS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Não obstante reconhecer-se a existência de certa discricionariedade, pelo Julgador, na fixação do regime mais rigoroso, quando existirem motivos de fato e de direito a recomendarem tal providência, necessária se faz a pertinente fundamentação em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal, o que não se vislumbra no presente caso.

III. A gravidade abstrata do delito perpetrado não se presta a fundamentar a imposição do regime prisional mais severo. Incidência da Súmula n.º 440/STJ.

IV. Tratando-se de condenado que preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime semiaberto, tendo em vista a quantidade de pena imposta e em virtude do próprio reconhecimento de condições pessoais favoráveis na dosimetria da reprimenda, eis que fixada a pena base no mínimo legal, não cabe a imposição de regime mais gravoso.

V. Deve ser permitido ao paciente o desconto de sua reprimenda no regime prisional semiaberto, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do relator." (HC 215.557/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 01/12/2011; sem grifos no original.)

Somente se consideradas as circunstâncias judiciais de forma desfavoráveis, com fundamentos idôneos, poderia, então, ser mantido regime prisional mais gravoso.

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, inclusive, ratifica os fundamentos do presente voto, pois "*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 seguintes 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)

E ainda, a Súmula n.º 440/STJ: "*[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.*"

Desse modo, com fulcro no art. 33, § 2.º, alínea b, o regime aplicável ao Paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é o semiaberto.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem para fixar a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, fixando o regime inicial de cumprimento de pena o semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0057048-6

HC 167.447 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090010985781 983093920098190001

EM MESA

JULGADO: 06/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE DE ALMEIDA LOPES
PACIENTE : JOSÉ ROBERTO SANTOS GUIMARÃES

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 da Sra. Ministra Relatora."

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