



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.872 - SP (2011/0289174-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JESSÉ GOMES BARBOSA FILHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ALVES DE TOLEDO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PENA BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ. 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. CONCURSO DE PESSOAS. RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE PROVA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMIABERTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440 E 443 DESTA CORTE ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Inviável a aplicação da atenuante do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, nos termos da Súmula 231 deste Superior Tribunal de Justiça, pois a pena-base foi fixada, no mínimo legal.

2. 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, 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 inconteste o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. Nesse contexto, a verificação dessa conclusão só seria possível mediante o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra possível na via estreita do *habeas corpus*.

4. A exclusão da majorante do concurso de pessoas no delito de roubo, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do *writ*, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência da referida circunstância.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal.

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe 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. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

7. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 dias de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa. *Habeas Corpus* concedido de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta. Pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar prejudicado.

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, deferir parcialmente o pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, julgando prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferir a liminar, 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 226.872 - SP (2011/0289174-8)

IMPETRANTE : JESSÉ GOMES BARBOSA FILHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO ALVES DE TOLEDO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FERNANDO ALVES DE TOLEDO, contra acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o ora Paciente foi condenado à pena de 7 anos e 4 meses reclusão, no regime inicial fechado, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, porque no dia 31 de julho de 2008, em horários distintos, na praça do pedágio situado no km 82 da Rodovia Anhanguera, no município de Valinhos/SP, em continuidade delitiva, em concurso com outra pessoa não identificada, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo contra funcionário da empresa Autoban, concessionária do Sistema Anhanguera Bandeirantes, subtraiu a quantia de R\$ 986,20.

Inconformada a Defesa interpôs recurso de apelação que foi desprovido, nos termos da seguinte ementa:

"Apelação - Roubos duplamente majorados, em continuidade delitiva - Condenação - Recurso defensivo – Absolvição – Improcedência - Materialidade e autoria demonstradas - Réu que, em juízo, admitiu parcialmente os fatos narrados na denúncia - Reconhecimento do réu efetuado pelas vítimas em juízo - Ação delitiva praticada pelo acusado registrada pela câmera de segurança da cabine de pedágio - Reconhecimento da inimputabilidade do acusado - Descabimento - Réu que, conforme laudo de incidente de dependência toxicológica, era capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta - Provas seguras - Condenação de rigor - Dosimetria ? Pena-base fixada no mínimo legal – Aumento da pena pelo reconhecimento das majorantes de emprego de arma de fogo e concurso de agentes - Pedido da defesa para afastamento da causa de aumento consistente no emprego de arma de fogo - Inadmissibilidade - Vítima que narrou em juízo ter visto a arma utilizada pelo acusado - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de, direitos - Impossibilidade nos termos do art. 44, I, do CP. - Regime inicial fechado deve ser mantido, nos termos do art. 33, § 3º, do CP. - Sentença mantida - Recurso Improvido" (fl. 56).

No presente writ, sustenta a ilegalidade na aplicação da pena, na medida em que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não foi considerada a confissão espontânea, e a reprimenda foi majorada na fração de 3/8 em face das majorantes do roubo.

Afirma, outrossim, que não foi apreendida a arma de fogo e que não foi comprovada a efetiva participação do corréu, o que afastaria as referidas circunstâncias.

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a redução da reprimenda imposta.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 95.

As judiciosas informações foram prestadas as fls. 104/204.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 208/212, opinando pela denegação da ordem.

Às fls. 216/217, o Impetrante formulou pedido de reconsideração da medida liminar.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.872 - SP (2011/0289174-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PENA BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ. 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. CONCURSO DE PESSOAS. RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE PROVA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMIABERTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440 E 443 DESTA CORTE ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Inviável a aplicação da atenuante do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, nos termos da Súmula 231 deste Superior Tribunal de Justiça, pois a pena-base foi fixada, no mínimo legal.

2. 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, 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. Nesse contexto, a verificação dessa conclusão só seria possível mediante o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra possível na via estreita do *habeas corpus*.

4. A exclusão da majorante do concurso de pessoas no delito de roubo, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do *writ*, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência da referida circunstância.

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

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível infligir-lhe 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. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

7. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa. *Habeas Corpus* concedido de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta. Pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar prejudicado.

VOTO

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

Objetiva o impetrante em síntese a redução da reprimenda imposta, pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pelo afastamento das majorantes do roubo aplicadas à espécie ou pela redução delas ao mínimo legal.

No que diz respeito à atenuante da confissão espontânea, verifica-se que o Magistrado *a quo*, em que pese ter se utilizado da confissão do réu para a sua condenação, não a considerou ao aplicar a pena, por ter sido parcial, *in litteris*:

"[...] a confissão não pode ser reconhecida, pois, para que o seja, deve ser ampla e pormenorizada, harmônica com todos os informes do inquérito. "A confissão judicial livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos pode levar à condenação do acusado. Já se tem decidido por isso, que a confissão judicial é prova para condenação máxima quando compatível com a materialidade do delito e realizada na presença do defensor ou corroborada por depoimentos mesmo do inquérito policial" (cf. Julio Fabrini Mirabete, in Processo Penal, 2ª edição – Ed. Atlas, pág.276) [...]." – fl. 52.

Com efeito, o entendimento desta Corte é no sentido de que a atenuante do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. *In casu*, o Paciente confessou o crime de roubo, logo, ainda que tenha negado a efetiva participação do corréu na prática do delito, cabível a aplicação da atenuante, em que pese a confissão ter sido parcial.

Contudo, em que pese o posicionamento das instâncias ordinárias quanto à esse mister, inviável a consideração dessa atenuante, na segunda fase, nos termos da Súmula 231 deste Superior Tribunal de Justiça, já que a pena-base foi fixada, no mínimo legal, *verbis*:

"[...]"

Assim, na aplicação da pena, respeitando o sistema trifásico, considerando os princípios do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, em 04 (quatro) anos de reclusão e no pagamento de 10 (dez) dias-multa, calculados no mínimo legal [...]" (fl. 145)

Quanto à que a matéria relativa à imprescindibilidade, ou não, da apreensão e perícia da arma para a configuração da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, cumpre ressaltar que 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.

O referido julgado, restou 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 961.863/RS, Terceira Seção, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Min. GILSON DIPP, DJe de 06/04/2011.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Asseverou, para tanto: *"Além disso, pelo depoimento da terceira vítima e do acusado, ficou claro que o terceiro roubo foi praticado em concurso de duas pessoas. Por outro lado, ainda que o réu sustente que em nenhuma das oportunidades estava armado, é certo que a terceira vítima viu a arma"* (fl. 144).

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 possível 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

Com relação ao pleito de afastamento da majorante do concurso de pessoas, alega o Impetrante que *"a própria vítima somente alega que havia outra pessoa no carro do paciente, sem mencionar qualquer atitude por parte deste terceiro"*. Afirma que *"deve-se desconsiderar a figura do concurso de agentes, vez que não houve participação ativa no delito"* (fl. 04).

A sentença condenatória, conforme supratranscrito, considerou o concurso de agentes com base no depoimento da terceira vítima. Além disso, restou consignado na sentença condenatória, que:

"No terceiro roubo, o réu chegou anunciando o assalto e a vítima viu a arma na mão dele. Uma pessoa estava sentada no banco do passageiro. Quando liberou a cancela, o fez com a classificação "liberação indevida", motivo pelo qual foi tirada uma foto do veículo.

A testemunha de acusação relatou que, com a foto tirada do veículo, conseguiram identificar tanto o carro, quanto o acusado. Certo dia, estava em patrulhamento, quando encontrou o veículo usado no roubo estacionado na garagem de uma casa. Teve conhecimento de que o automóvel pertencia ao acusado e mandou chamá-lo. Este, ao ver os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

policiais, tentou fugir, mas foi abordado. As vítimas o reconheceram como sendo o autor dos roubos. O próprio réu, ao ver a fotografia do automóvel, confirmou ser a pessoa fotografada, bem assim ser o proprietário do veículo da foto. Não efetuaram busca na casa do acusado, assim que o abordaram, por falta de autorização dos familiares.

O acusado, em Juízo, confessou a prática dos crimes, ressaltando que não estava armado, mas que, do modo que assustava as pessoas, elas acreditavam que estivesse. Não quis identificar a pessoa que o acompanhou em um dos roubos.

[...]" (fls. 143/144; grifou-se)

O acórdão impugnado ao desprover o apelo defensivo, consignou:

*"A terceira vítima **Everton Luz dos Santos**, em juízo, afirmou que na data dos fatos o acusado, em um gol branco, chegou e anunciou o assalto, pedindo a gaveta com o dinheiro. O depoente viu a arma na mão do réu, que estava acompanhado de outra pessoa, no banco do passageiro do veículo. Após pegar a gaveta o acusado empreendeu fuga (fls. 110/111).*

Diferentemente do sustentado pela defesa, as provas colhidas são suficientes para confirmar as condenações decretadas em primeira instância.

Há muito que as palavras da vítima são recebidas e valoradas como prova, mormente nos crimes de roubo, nos quais, em geral, não há outras testemunhas, porque praticado na clandestinidade. Nessa esteira, cabe frisar que a defesa não trouxe aos autos qualquer prova que pudesse infirmar ou reduzir o valor do depoimento e reconhecimento efetuados pelos ofendidos." (fl. 60)

Assim, em um primeiro momento, analisar o exame da tese sustentada pelo Impetrante quanto a majorante do concurso de pessoas no delito de roubo, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, ao analisar as provas constantes nos autos, restou convicta sobre a existência da referida circunstância.

Contudo, no que concerne ao aumento decorrente das majorantes previstas no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, verifica-se o irregular acréscimo da pena implementado em 3/8, acima do mínimo legal, que é de 1/3, sem a imprescindível fundamentação . Confira-se:

"[...]

No terceiro estágio, em razão da dupla causa de aumento de pena, exaspero a pena em 3/8, totalizando, uma pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, calculados no mínimo legal. Inexistindo outras circunstâncias que possam modificar as penas fixadas, torno-as definitivas. (fls. 52/53)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, cumpre ressaltar que a presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo não é razão obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não foi realizado na espécie.

O referido entendimento, a propósito, restou consolidado no enunciado n.º 443 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, *ad litteram*:

“O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.”

Deve, portanto, na terceira fase da aplicação da pena, ser retificado o aumento de 3/8 para o mínimo legal, equivalente a 1/3, restando fixada a reprimenda em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantem-se o acréscimo em 1/3 pela continuidade delitiva, tornando-se definitiva em 7 anos, 1 mês e 10 dias, de reclusão, e 17 dias-multa.

Além disso, verifica-se no tocante ao regime de cumprimento de pena, que o regime mais gravoso, no caso o fechado, foi estabelecido em face da gravidade abstrata do delito, malgrado tenha sido a pena-base do Paciente fixada no mínimo legal (fl. 53). Diante de manifesta ilegalidade, neste ponto, comporta a ordem concessão de ofício.

Desse modo, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, que dispõe que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto"*.

Portanto, sendo o condenado primário, de bons antecedentes, a decisão que lhe impôs o regime inicial fechado para o cumprimento da pena há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO INADMISSIBILIDADE PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL.. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO.

1. Uma vez afastado o único óbice à progressão de regime nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

2. Também é incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena, quando fixada a pena-base no mínimo legal, com o reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis. Inteligência do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal. Aplicação do regime aberto.

3. Ordem parcialmente concedida para determinar que o eg. Tribunal a quo prossiga na análise dos demais requisitos para a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como para estabelecer, de logo, o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, providência que concedo de ofício." (HC 108.038/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/12/2008.)

Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

"Fixada 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."

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 7 (sete) anos e 1 (um) mês e 10 dias de reclusão, e 17 (dezesete) dias-multa. CONCEDO, outrossim, *habeas corpus* DE OFÍCIO, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da reprimenda imposta.

Diante desse desate, resta prejudicado o pedido formulado às fls. 216/217, quanto a reconsideração da medida liminar pleiteada.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0289174-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 226.872 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20830420088260650 742008 990102972267

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 : JESSÉ GOMES BARBOSA FILHO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FERNANDO ALVES DE TOLEDO

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, deferiu parcialmente o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, julgando prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar, 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.