



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.516 - SP (2010/0138032-4)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO MARQUES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PENA DEFINITIVA: 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PRECEDENTES DO STJ E STF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A MAJORAÇÃO, EM 3/8, DA FRAÇÃO RELATIVA ÀS CAUSAS DE AUMENTO. SÚMULA 443 DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULAS 718/STF E 440/STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA (A) FIXAR NO MÍNIMO (1/3) A CAUSA DE AUMENTO DE PENA E (B) ESTABELECE O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. A apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no roubo, quando impossível, não afasta a incidência a causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. Precedentes do STJ e STF.

2. Segundo iterativa jurisprudência deste STJ, a presença de mais de uma circunstância de aumento da pena no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que sejam constatadas particularidades que indiquem a necessidade da exasperação.

3. No caso concreto, o Tribunal *a quo* aplicou a fração de 3/8, em razão, tão-só, da existência de duas causas de aumento de pena, quais sejam, emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, sem registrar qualquer excepcionalidade, o que contraria o entendimento desta Corte sobre a questão.

4. A fixação do regime prisional não está atrelada de forma absoluta à quantidade da pena-base imposta, constituindo operação intelectual própria e autônoma (inteligência dos incisos I e III do art. 59 do CPB); o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime de início de cumprimento da sanção penal, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis (art. 59 e 33, § 3o. do CPB); ademais, o art. 59, III do CPB prevê expressamente que o regime prisional seja determinado pelo Juiz, após a fixação da pena (art. 59, I e II do CPB).

5. O que se requer é que a decisão que estabelece o regime prisional diverso daquele em tese cabível pela aplicação pura e simples da norma esteja adequadamente motivada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *In casu*, todavia, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, o douto Magistrado sentenciante amparou-se apenas na gravidade abstrata do crime, sendo de rigor a imposição do regime semiaberto (Súmula 440/STJ).

7. Parecer pela concessão parcial do *writ*.

8. Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para (a) fixar no mínimo (1/3) o percentual referente à causa de aumento de pena do art. 157, § 2o. do CPB e (b) estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.

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 Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do Tj/rj), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 03 de fevereiro de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.516 - SP (2010/0138032-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO MARQUES DA SILVA

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RICARDO MARQUES DA SILVA, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação da defesa, mantendo íntegra a sentença condenatória.

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado por infração à norma do art. 157, § 2o., I e II do CPB (roubo duplamente circunstanciado), à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 13 dias-multa.

3. No presente *writ*, alega o impetrante, em suma, constrangimento ilegal consistente na fixação dos regimes iniciais fechado para o delito de roubo, mesmo diante das circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente. Sustenta, ainda, a inadmissibilidade do reconhecimento da causa especial de aumento da pena pelo uso de arma de fogo, que não foi apreendida ou periciada. Aduz também que a majoração da pena pelo reconhecimento de duas qualificadoras, na terceira fase da dosimetria da pena, foi exacerbada, requerendo sua diminuição para 1/3.

4. Deferido o pedido liminar (fls. 43/44), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral a República JUAREZ TAVARES, manifestou-se pela parcial concessão do *writ*, para que seja reduzida a reprimenda do paciente e fixado o regime inicial semiaberto (fls. 56/62).

5. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.516 - SP (2010/0138032-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO MARQUES DA SILVA

VOTO

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PENA DEFINITIVA: 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PRECEDENTES DO STJ E STF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A MAJORAÇÃO, EM 3/8, DA FRAÇÃO RELATIVA ÀS CAUSAS DE AUMENTO. SÚMULA 443 DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULAS 718/STF E 440/STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA (A) FIXAR NO MÍNIMO (1/3) A CAUSA DE AUMENTO DE PENA E (B) ESTABELECE O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. *A apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no roubo, quando impossível, não afasta a incidência a causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. Precedentes do STJ e STF.*

2. *Segundo iterativa jurisprudência deste STJ, a presença de mais de uma circunstância de aumento da pena no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que sejam constatadas particularidades que indiquem a necessidade da exasperação.*

3. *No caso concreto, o Tribunal a quo aplicou a fração de 3/8, em razão, tão-só, da existência de duas causas de aumento de pena, quais sejam, emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, sem registrar qualquer excepcionalidade, o que contraria o entendimento desta Corte sobre a questão.*

4. *A fixação do regime prisional não está atrelada de forma absoluta à quantidade da pena-base imposta, constituindo operação*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

intelectual própria e autônoma (inteligência dos incisos I e III do art. 59 do CPB); o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime de início de cumprimento da sanção penal, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis (art. 59 e 33, § 3o. do CPB); ademais, o art. 59, III do CPB prevê expressamente que o regime prisional seja determinado pelo Juiz, após a fixação da pena (art. 59, I e II do CPB).

5. *O que se requer é que a decisão que estabelece o regime prisional diverso daquele em tese cabível pela aplicação pura e simples da norma esteja adequadamente motivada.*

6. *In casu, todavia, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, o douto Magistrado sentenciante amparou-se apenas na gravidade abstrata do crime, sendo de rigor a imposição do regime semiaberto (Súmula 440/STJ).*

7. *Parecer pela concessão parcial do writ.*

8. *Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para (a) fixar no mínimo (1/3) o percentual referente à causa de aumento de pena do art. 157, § 2o. do CPB e (b) estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.*

1. *Esta Corte tem afirmado que a apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no roubo, quando impossível, não afasta a incidência da causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização durante a prática da conduta criminosa. A propósito:*

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. REINCIDÊNCIA. ART. 61, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA RECONHECIDA. NORMA DE APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA. APREENSÃO DA ARMA. PRESCINDIBILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO CRIME (ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL). RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DE PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ATÉ METADE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...).

2. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto à prescindibilidade da apreensão da arma para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo (art. 157, § 2º, I, do Código Penal), quando outros elementos comprovem sua utilização.*

(...).

6. *Recurso conhecido e provido para anular o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau. (REsp. 846.576/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 12.03.07).*

2. O Plenário do STF ratificou esse entendimento, por ocasião do julgamento do HC 96.099/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Informativo 536 - 19.02.09), nos seguintes termos:

Assentou-se que, se por qualquer meio de prova — em especial pela palavra da vítima, como no caso, ou pelo depoimento de testemunha presencial — ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena. Ressaltou-se que, 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 evidência, nos termos do art. 156 do CPP, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Aduziu-se não ser razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego ficar evidenciado por outros meios de prova, mormente quando esta desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece após a prática de delitos dessa natureza.

3. Ademais, como bem lembrou o eminente Ministro HAMILTON CARVALHIDO em diversos precedentes sobre a questão, *ainda que se cuide de infração penal intranseunte, admite a lei processual penal o exame de corpo de delito indireto em havendo desaparecido os vestígios, o suprimento da prova pericial pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigos 158 e 167) (Resp. 265.026/PB e HC 18.818/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, 6T, DJU 01.07.02 e 15.04.02, respectivamente).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Noutro ponto, esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente afirmado que o critério para a elevação da pena em função das causas de aumento no crime de roubo não é matemático, mas subjetivo, e dependente das circunstâncias do caso concreto. Dessa forma, por um lado, ainda que exista apenas uma causa de aumento (concurso de pessoas), o Magistrado pode aumentar a pena acima de 1/3, levando em consideração a expressiva quantidade de agentes (mais de 3, por exemplo). Nesse sentido a Súmula 443 do 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*. Por outro lado, a conjugação arma branca e concurso de pessoas pode resultar na fixação do percentual mínimo, em virtude da menor lesividade do instrumento utilizado. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. VÍTIMAS DIFERENTES. CONCURSO FORMAL. RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DE PENA FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...).

2. *Consoante reiterada jurisprudência desta Corte, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem 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 criminosa, 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 e a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 juiz sentenciante 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, dever ser fixado em apenas 1/3 (um terço).*

(...).

6. *Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena dos pacientes para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, bem como para fixar o regime prisional semi-aberto como início do cumprimento da reprimenda. (HC 83.853/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 15.10.07).*

5. E, ainda: HC 71.099/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 06.08.07, HC 92.431/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJU 25.08.08 e HC 82.945/MS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 22.08.03.

6. Na hipótese, a pena foi aumentada em 3/8 sem que fosse registrada qualquer excepcionalidade que ensejasse a majoração acima de um terço, não sendo, para tanto, suficiente a gravidade em abstrato do crime ou a mera constatação da existência de duas causas de aumento.

7. Por fim, quanto ao regime imposto, ao meu sentir, data venia dos respeitáveis posicionamentos em contrário, o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime de início de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime que entende ser mais adequado, segundo a sua avaliação criteriosa e fundamentada. Para o estabelecimento da sanção penal (que compõe um conjunto composto pela quantidade, o tipo e a forma de cumprimento da pena) são realizadas operações intelectuais diversas, pois os propósitos de cada pedaço desse todo são distintos e inconfundíveis.

8. Da leitura dos arts. 59 e 33 do CPB ressaí que a fixação da pena envolve aspectos valorativos e quantitativos. O Juiz deve, atento às culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecer, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (i) as penas aplicáveis dentre as cominadas; (ii) a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos (segunda operação intelectual); (iii) o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (iv) a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível.

9. Assim, é possível ao Juiz, desde que de forma motivada, ao realizar todas essas operações intelectuais e em consonância com o disposto no art. 33, § 2o. e 3o. do CPB, concluir que o réu merece uma pena mais curta, mas em regime mais severo, pois que isso servirá melhor ao propósito de reprovação e prevenção do crime.

10. O que se requer é que a decisão que estabelece o regime prisional diverso daquele em tese cabível pela aplicação pura e simples da norma esteja adequadamente motivada.

11. *In casu*, entretanto, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, o douto Magistrado sentenciante amparou-se apenas na gravidade abstrata do crime, sendo de rigor a imposição do regime semiaberto.

12. Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, concede-se parcialmente a ordem para (a) fixar no mínimo (1/3) o percentual referente às causas de aumento de pena do art. 157, § 2o. do CPB e (b) estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0138032-4

HC 180.516 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2312009 50090106512 990092691643

EM MESA

JULGADO: 03/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

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 : MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO MARQUES DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Brasília, 03 de fevereiro de 2011

LAURO ROCHA REIS
Secretário