



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.625 - SP (2010/0181031-3)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - DEFENSORA
 PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL CARLOS FEITOSA DE SOUSA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, I E II DO CPB. PENA TOTAL: 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. SÚMULA 231 DO STJ. ARMA DE FOGO NÃO APREENDIDA. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A CONFIRMAR ESSA MAJORANTE. AUMENTO DA PENA EM 3/8 EM RAZÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. SÚMULA 440 DO STJ. PARECER DO MPF PELA PARCIAL CONCESSÃO DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA ESTABELECE O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. Esta Corte já consolidou o entendimento de que a incidência de circunstâncias atenuantes não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

2. A impossibilidade de apreensão e consequente perícia da arma de fogo utilizada no roubo não afasta a configuração da 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.

3. No que diz respeito às causas de aumento de pena (uso de arma de fogo e concurso de pessoas), também não existe constrangimento ilegal na exasperação da pena em 3/8, a qual foi devidamente fundamentada nas circunstâncias concretas do delito.

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 regime prisional inicial aplicável ao apenado pode, por hipótese, ser dissociado da quantidade de pena imposta, mas sempre se exigirá, nesses casos, que a decisão esteja cumpridamente fundamentada, para se evitar a sua nulidade; o automatismo do regime inicial de cumprimento da pena, como decorrência necessária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do quantum da sanção, ofenderia o preceito da sua individualização, porquanto, no Direito Penal, não se admitem, em regra, conclusões lineares ou deslastreadas de justa fundamentação jurídica.

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

7. Parecer ministerial pela parcial concessão do *writ*.

8. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime inicial semiaberto.

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, 22 de fevereiro de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.625 - SP (2010/0181031-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL CARLOS FEITOSA DE SOUSA

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RAFAEL CARLOS FEITOSA DE SOUSA, em adversidade ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação 990.09.240957-3.

2. O paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração à norma do art. 157, § 2o., I e II do CPB (roubo duplamente circunstanciado).

3. A impetrante requer: (a) a fixação do regime semiaberto, tendo em vista a primariedade do paciente, as circunstâncias judiciais favoráveis e a fixação da pena-base no mínimo legal; (b) a aplicação da atenuante da confissão para reduzir a pena abaixo do mínimo legal; (c) o afastamento da majorante prevista no art. 157, § 2o., I do CPB, porquanto a arma não foi apreendida; e (d) a diminuição da fração aplicada em razão das causas de aumento de pena.

4. Deferida a liminar (fls. 40/42) e dispensadas as informações, o MPF, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS, manifestou-se pela parcial concessão da ordem (fls. 55/61), nos seguintes termos:

Tratando-se de réu primário e estabelecendo-se a pena-base no mínimo legal, não se pode determinar o cumprimento da pena em regime mais gravoso do aquele estabelecido para a sanção cominada.

(...).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao afastamento da majorante de emprego de arma de fogo o magistério jurisprudencial desse STJ e do STF tem afirmado a prescindibilidade da apreensão da arma de fogo para a caracterização da majorante comentada.

(...).

Quanto ao pedido de reconhecimento da confissão judicial para fixar a pena-base do paciente aquém do mínimo legal, razão não assiste à Impetrante. É que a confissão não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça

(...).

O Magistrado de piso aplicou a fração de 3/8 devido ao maior grau de reprovabilidade da conduta do agente. Apontou circunstâncias relacionadas ao caso, que justificam o quantum aplicado. Assim, não resta evidenciada a ocorrência de constrangimento ilegal que autorize o saneamento via habeas corpus.

5. É o que havia para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.625 - SP (2010/0181031-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL CARLOS FEITOSA DE SOUSA

VOTO

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, I E II DO CPB. PENA TOTAL: 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. SÚMULA 231 DO STJ. ARMA DE FOGO NÃO APREENDIDA. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A CONFIRMAR ESSA MAJORANTE. AUMENTO DA PENA EM 3/8 EM RAZÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. SÚMULA 440 DO STJ. PARECER DO MPF PELA PARCIAL CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA ESTABELECEER O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. *Esta Corte já consolidou o entendimento de que a incidência de circunstâncias atenuantes não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).*

2. *A impossibilidade de apreensão e consequente perícia da arma de fogo utilizada no roubo não afasta a configuração da 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.*

3. *No que diz respeito às causas de aumento de pena (uso de arma de fogo e concurso de pessoas), também não existe constrangimento ilegal na exasperação da pena em 3/8, a qual foi devidamente fundamentada nas circunstâncias concretas do delito.*

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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 regime prisional inicial aplicável ao apenado pode, por hipótese, ser dissociado da quantidade de pena imposta, mas sempre se exigirá, nesses casos, que a decisão esteja cumpridamente fundamentada, para se evitar a sua nulidade; o automatismo do regime inicial de cumprimento da pena, como decorrência necessária do quantum da sanção, ofenderia o preceito da sua individualização, porquanto, no Direito Penal, não se admitem, em regra, conclusões lineares ou deslastreadas de justa fundamentação jurídica.*

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

7. *Parecer ministerial pela parcial concessão do writ.*

8. *Ordem parcialmente concedida para fixar o regime inicial semiaberto.*

1. No que diz respeito à confissão, dispõe a Súmula 231 do STJ que *a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*. No caso, a pena-base foi fixada no mínimo legal.

2. Quanto à não incidência do inciso I do § 2o. do art. 157 do CPB, esta Corte possui entendimento de que a impossibilidade de apreensão e conseqüente perícia da arma de fogo não afasta a configuração da causa especial de aumento de pena, quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa (Nesse sentido: REsp. 846.576/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU de 12.03.07).

3. O STF, recentemente, reafirmou esse entendimento, por ocasião do julgamento do HC 96.099/RS, Relator o ilustre Ministro RIRCARDO LEWANDOWSKI, cujo acórdão restou assim ementado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: 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. (DJe 05.06.2009).

4. Na hipótese, constou da sentença que as vítimas asseguraram que o crime foi perpetrado mediante a utilização da arma de fogo (fls. 31).

5. No que diz respeito às causas de aumento de pena (uso de arma de fogo e concurso de pessoas), também não existe constrangimento ilegal na exasperação da pena em 3/8 (três oitavos), a qual foi devidamente fundamentada nas circunstâncias concretas do delito, conforme o seguinte trecho do acórdão:

Diante do reconhecimento de duas qualificadoras, o que revela maior periculosidade, quer pela ousadia da própria ação, quer ainda pelo temor provocada na vítima quando a arma foi engatilhada e um dos agentes disse: mata, mata, circunstâncias estas reveladoras de temibilidade e merecedora de exasperação mais rígida, aumento a pena em três oitavos, resultando 05 (cinco) anos e 06 (seis) anos de reclusão (fls. 34).

6. Por fim, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

7. 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 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.

8. 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.

9. O regime prisional inicial aplicável ao apenado pode, por hipótese, ser dissociado da quantidade de pena imposta, mas sempre se exigirá, nesses casos, que a decisão esteja cumprimamente fundamentada, para se evitar a sua nulidade; o automatismo do regime inicial de cumprimento da pena, como decorrência necessária do quantum da sanção, ofenderia o preceito da sua individualização, porquanto, no Direito Penal, não se admitem, em regra, conclusões lineares ou deslastreadas de justa fundamentação jurídica.

10. *In casu*, entretanto, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, o douto Magistrado amparou-se apenas na gravidade abstrata do crime, conforme se extrai do seguinte trecho:

O réu deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em regime fechado. O regime mais brando afrontaria a finalidade de reprovação e prevenção da conduta delitiva. O regime fechado é o único adequado à evidente perigosidade dos agentes que praticam esse grave tipo de delito, cada vez mais frequente e que tanto aterroriza a população desta Cidade. Some-se a isso que a conduta dos réus, aterrorizar a vítima, revela certa deformidade de caráter e prazer com o sofrimento alheio desnecessário, o que recomenda maior rigor na fixação do regime prisional (fls. 34).

11. Portanto, configura constrangimento ilegal a manutenção do regime fechado, nos termos da Súmula 440 desta Corte, segundo a qual: *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.* No mesmo sentido as Súmulas 718 e 719 do colendo STF.

12. Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem para fixar o regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0181031-3

HC 186.625 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3602009 50090176626 990092409573

EM MESA

JULGADO: 22/02/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS ALBERTO CARVALHO VILHENA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL CARLOS FEITOSA DE SOUSA

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.