



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 131.432 - SP (2009/0048305-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA GABRIEL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY DE SOUZA VIEIRA
PACIENTE : WESLEY DA SILVA CARVALHO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I e II, DO CÓDIGO PENAL. 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, COMO NO CASO – FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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 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 pelas provas carreadas aos autos. A verificação dessa conclusão só seria possível com o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via estreita do *habeas corpus*.

4. Esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo: HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010; HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010, *v.g.*.

5. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais favoráveis aos réus, 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.

3. Ordem parcialmente concedida para reformar o acórdão impugnado, na parte relativa à dosimetria da pena e ao correspondente regime prisional, nos termos explicitados.

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 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), 08 de novembro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 131.432 - SP (2009/0048305-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA GABRIEL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY DE SOUZA VIEIRA
PACIENTE : WESLEY DA SILVA CARVALHO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WESLEY DE SOUZA VIEIRA e WESLEY DA SILVA CARVALHO, contra acórdão proferido na Apelação Criminal n.º 993.08.042082-3, pela Décima Quarta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os Pacientes foram condenados pela prática do delito descrito no art. 157, § 2.º, inciso I e II do Código Penal, sendo que Wesley de Souza Vieira foi condenado à pena de 8 anos e 3 meses de reclusão e 82 dias-multa, em regime inicial fechado, e, que Wesley da Silva Carvalho foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, e 13 dias-multa, a ambos foi fixado o regime inicial fechado.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proveu parcialmente o apelo para reduzir a pena de Wesley de Souza Vieira para 05 anos e 06 meses de reclusão, e pagamento de 13 dias multa.

Insurge-se o Impetrante, no presente *habeas corpus*, contra a aplicação da causa especial de aumento de pena do art. 157, § 2.º, inciso I, pois a falta de apreensão e perícia na arma de fogo empregada no roubo impede a qualificação do crime, por ausência de comprovação da potencialidade ofensiva. Por fim, aduz que a sentença estipulou regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que o determinado no art. 33 do Código Penal, sem utilizar fundamentação idônea, uma vez que limitou-se em apontar a gravidade abstrata do delito.

Assim, requer, em sede liminar, "*seja suspensa a certificação do trânsito em julgado do v. acórdão*" (fl. 9). No mérito, pugna pela exclusão da causa de aumento de pena descrita no inc. I do art. 157 do Código Penal, bem como a fixação de regime menos gravoso para o início de cumprimento de pena dos Pacientes.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls 70/71.

Foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 32/33.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 56/58, opinando pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 131.432 - SP (2009/0048305-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I e II, DO CÓDIGO PENAL. 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, COMO NO CASO – FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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 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 pelas provas carreadas aos autos. A verificação dessa conclusão só seria possível com o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via estreita do *habeas corpus*.

4. Esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo: HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010; HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010, *v.g.*.

5. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar 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 aos réus, 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.

3. Ordem parcialmente concedida para reformar o acórdão impugnado, na parte relativa à dosimetria da pena e ao correspondente regime prisional, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos explicitados.

VOTO

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

Busca-se, na presente impetração, a exclusão da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo, ante a falta de apreensão e perícia do instrumento, bem como a fixação do regime inicial intermediário.

Cumpre ressaltar, de início, que a matéria ora submetida à apreciação desta Corte – 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 – 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.

A propósito, confira-se o que restou noticiado no Informativo n.º 460 deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"ROUBO. MAJORANTE. ARMA.

A Seção, ao prosseguir o julgamento, entendeu, por maioria, conhecer dos EREsp, apesar de o acórdão colacionado como paradigma advir do julgamento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No mérito, firmou, também por maioria, que a aplicação da majorante constante do art. 157, § 2º, I, do CP não necessita da apreensão e da perícia da arma utilizada na prática do roubo se outros meios de prova evidenciarem seu emprego, por exemplo, os depoimentos dos condutores, da vítima e das testemunhas, ou mesmo quaisquer meios de captação de imagem. Anotou que essa exigência de apreensão e perícia da arma não decorre da lei, que recentes precedentes do STF têm a arma, por si só, como instrumento capaz de qualificar o roubo desde que demonstrada sua utilização por qualquer modo (potencial lesivo in re ipsa) e que, por isso, cabe ao imputado demonstrar a falta de seu potencial lesivo, tal como nas hipóteses de arma de brinquedo, defeituosa ou incapaz de produzir lesão (art. 156 do CPP). Precedentes citados do STF: HC 96.099-RS, DJe 5/6/2009, e HC 104.984-RS, DJe 30/11/2010. EREsp 961.863-RS, Rel. originário Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Rel. para acórdão Min. Gilson Dipp, julgados em 13/12/2010."



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, que *"Também deve incidir a majorante de uso de arma, eis que as vítimas confirmaram que os réus estavam armados quando do roubo. Não entendendo necessária a apreensão da arma para que a majorante possa incidir"* (fl. 36).

O Tribunal de origem, ratificando o entendimento do Juízo sentenciante manifestou-se, nos seguintes termos:

"[...]

A vítima Silvana Naverio Silva, a fls. 89/90vº, disse: "...apontou para minha boca e falou:'quietinha, se não atiro'...de mimlevaram uma jaqueta, que não foi recuperada; no Distrito Policial, reconheci os dois..balança a cabeça positivamente, quanto ao reconhecimento do réu Wesley de Souza Vieira, o mesmo fazendo quanto ao co-réu Wesley da Silva Carvalho."

[...]

A não apreensão de arma utilizada na prática de crime não significa que deva ser afastada a qualificadora do emprego de arma, visto que a violência psicológica resultou efetivada notadamente, em face da ameaça de morte." (fls. 65/66)

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 viável na via estreita do *habeas corpus*.

Ademais, esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubo (sem grifos nos originais):

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 9 ANOS, 4 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, EM RAZÃO DA PRÁTICA DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (ARTS. 157, § 2o., I E II DO CPB). IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA DO EMPREGO DA ARMA PELO PACIENTE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE EM RAZÃO DA ALEGADA DEFICIÊNCIA DE DEFESA. DEFENSOR NOMEADO. APRESENTAÇÃO DAS PEÇAS NECESSÁRIAS: DEFESA PRÉVIA E ALEGAÇÕES FINAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ENUNCIADO SUMULAR 523/STF. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA POR EDITAL FIXADO NA PORTA DO FÓRUM. COMARCA DO INTERIOR (IPAMERI/GO). ART. 365, PAR. ÚNICO DO CPP. PRECEDENTE DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A apreensão e a perícia da arma utilizada no crime de 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.

Precedentes do STJ e STF.

2. Não há como acatar a pretensão de nulidade por deficiência da defesa, na medida em que, conforme registrado no aresto combatido, a defesa do paciente foi efetivamente patrocinada por advogado nomeado e que as peças imprescindíveis ao pleno exercício dessa contestação, a defesa prévia as alegações finais, foram apresentadas, refutando as acusações contra ele proferidas.

3. Nos termos do art. 365, par. único do CPP, não havendo imprensa local, o edital será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo, tal como ocorre na espécie.

4. Opina o MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada." (HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. EXAME PERICIAL. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME POR OUTROS MEIOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Dispõe o art. 167 do Código de Processo Penal que 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. A ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa, **no caso o seguro depoimento das vítimas**. Precedentes desta Corte e do Col. Excelso Pretório.

3. O art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, não ressalva para configuração da atenuante que confissão seja completa, explicitando todas as circunstâncias do crime ou que seja movida por um motivo moral, que demonstre o arrependimento do acusado ou, ainda, que influa decisivamente para a condenação.

4. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea quando da fixação da pena.

5. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, reformando o acórdão ora atacado e a sentença condenatória na parte relativa à individualização da pena, e fixar a pena do Paciente em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, bem como 10 dias-multa, mantido o regime inicial fechado, nos termos do voto." (HC 159.854/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010.)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA.APREENSÃO/PERÍCIA. INEXISTÊNCIA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Precedentes do STF e STJ.

2. In casu, o **depoimento da vítima, conforme reconhecido na sentença, trouxe elementos capazes de ensejar o reconhecimento da causa especial de aumento da pena**.

3. Recurso especial provido para restabelecer os termos da sentença condenatória." (REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE 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 PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. ALEGAÇÃO DE MUTATIO LIBELLI. DENÚNCIA QUE DESCREVE OS FATOS APROPRIADAMENTE. MERA EMENDATIO LIBELLI. ORDEM DENEGADA.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 incontroverso o uso da arma na empreitada criminosa, **em razão do firme depoimento da vítima**.

4. Em nosso sistema processual penal, o réu defende-se da imputação fática, e não da imputatio iuris, sendo, portanto, possível que o magistrado dê nova definição jurídica ao fato narrado na denúncia.

5. Ordem denegada." (HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010.)

Por outro lado, no tocante ao *quantum* de aumento da pena em razão da presença de 02 (duas) causas de aumento e ao regime inicial de cumprimento, assiste razão ao Impetrante.

Conforme restou consignado no relatório, consta no autos que os Pacientes foram condenados pela prática do delito descrito no art. 157, § 2.º, inciso I e II do Código Penal, sendo que **Wesley de Souza Vieira** foi condenado à pena de 8 anos e 3 meses de reclusão e 82 dias-multa, em regime inicial fechado, e, que **Wesley da Silva Carvalho** foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, e 13 dias-multa, a ambos foi fixado o regime inicial fechado. Em grau de apelação, a pena de Wesley de Souza Vieira foi reduzida para 5 anos e 6 meses de reclusão, e 13 dias multa, mantido o regime inicial fechado.

A sentença fixou a reprimenda e o regime inicial dos ora Pacientes, nos seguintes termos:

"Passo a dosar a pena do réu WESLEY DE SOUZA VIEIRA

19.) Observando as diretrizes dos artigos 59 e 68, do Código Penal, passo à dosimetria da **pena**, analisando, isoladamente, cada uma das circunstâncias judiciais.

a) Culpabilidade: para efeito do montante da pena, é a medida, o grau de reprovabilidade, a intensidade do dolo da conduta do agente, a qual considero ser regular, nada além dos elementos já embutidos no tipo penal.

b) Antecedentes: São os fatos e episódios próximos e remotos da vida pregressa do agente, sendo que no presente caso, trata-se de réu que, além de reincidente, o que será considerado na segunda fase da fixação da pena, ainda está sendo processado por outro roubo, perante a 3.ª Vara de Valinhos (fls. 20 do apenso próprio), pelo que possui maus antecedentes, sendo devido um aumento de **06 meses** na pena base.

c) Conduta Social: É interação do acusado com o meio em que vive



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(sociedade, ambiente de trabalho, família, vizinhos), e no caso vertente verifica-se que o réu não comprovou ocupação lícita. Ao contrário, o que ficou comprovado foi o seu passado criminoso, já com dois processos pela prática do crime de roubo, pelo que devido o aumento de mais **06 meses** na pena base.

d) *Personalidade do Agente:* É a síntese das qualidades morais do agente, bem como o seu perfil psicológico, e, no caso presente, não elementos para a sua aferição.

e) *Motivos do crime :* São os precedentes psicológicos prepulsores da conduta. No caso vertente, observa-se que não há elementos para a sua aferição.

f) *Circunstâncias do crime:* São todos os aspectos objetivos relevantes que se fazem presentes ao redor do fato e que influíram na sua prática, tais como clima, tempo, lugar e modo de execução. Na espécie, não vislumbro conduta além da já constante do tipo penal.

g) *Consequências do crime:* dizem respeito à extensão do dano produzido pelo delito. No caso vertente, observa-se que os atos trouxeram somente as consequências regulares de um roubo.

h) *Comportamento da vítima:* É o exame do fato de acordo com a conduta da vítima. No presente caso, entendo que a vítima não contribuiu para a prática do crime.

19.1) Desse modo, considerando-se as circunstâncias analisadas fixo a **pena-base** em 05 anos de reclusão e 50 dias multa, unidade igual a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

20) **Agravantes e atenuantes:** não obstante menor de 21 anos na data do fato, trata-se de réu reincidente **específico**, circunstância que deve prevalecer. Foi condenado por roubo em 2005 (fls. 17 do apenso). Desta forma exaspero a pena aplicada em 1/5, para fixá-la em 6 anos de reclusão, e pagamento de 60 dias-multa, calculados na forma retro.

21) **Causas de aumento e diminuição de pena:** o roubo foi cometido mediante o concurso de pessoas e com o uso de arma de fogo, motivo pelo qual exaspero a pena aplicada em 3/, para fixá-la em 8 anos e 3 meses de reclusão, e pagamento de 82 dias-multa, calculados na forma retro. Não vislumbro lógica em aplicar a causa de aumento no mínimo, se presente mais de uma circunstância que agrava a pena.

22) Inexistindo outras atenuantes ou agravantes e outras causas de diminuição ou aumento de pena a se aplicar, fixo a pena do réu **WESLEY DE SOUZA VIEIRA** em **8 anos 3 meses de reclusão, e pagamento de 82 dias-multa**, calculados na forma acima, torno-a definitiva.

Passo a dosar a pena do réu WESLEY DA SILVA CARVALHO

23) Observando as diretrizes dos artigos 59 e 68, do Código Penal, passo à dosimetria da **pena**, analisando, isoladamente, cada uma das circunstâncias judiciais.

a) *Culpabilidade:* para efeito do montante da **pena**, é a medida, o grau de reprovabilidade, a intensidade do dolo da conduta do agente, a qual considero ser leve.

b) *Antecedentes:* São os fatos e episódios próximos e remotos da vida pregressa do agente, sendo que no presente caso, não há antecedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a serem considerados.

c) *Conduta Social*: É interação do acusado com o meio em que vive (sociedade, ambiente de trabalho, família, vizinhos), e no caso vertente verifica-se não haver nada que desabone conduta pregressa do réu.

d) *Personalidade do Agente*: É a síntese das qualidades morais do agente, bem como o seu perfil psicológico, e, no caso presente, não há elementos para a sua aferição.

e) *Motivos do crime* : São os precedentes psicológicos prepulsores da conduta. No caso vertente, observa-se que não há elementos para a sua aferição.

f) *Circunstâncias do crime*: São todos os aspectos objetivos relevantes que se fazem presentes ao redor do fato e que influíram na sua prática, tais como clima, tempo, lugar e modo de execução. Na espécie, nada a ser considerado.

g) *Consequências do crime*: dizem respeito à extensão do dano produzido pelo delito. No caso vertente, observa-se que os atos trouxeram somente as consequências regulares de um roubo.

h) *Comportamento da vítima*: É o exame do fato de acordo com a conduta da vítima. No presente caso, entendo que a vítima não contribuiu para a prática do crime.

23.1) Desse modo, considerando-se as circunstância analisadas **fixo a pena-base** em 04 anos de reclusão e 10 dias multa, unidade igual a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

24) **Agravantes e atenuantes**: não obstante menor de 21 anos e confesso, já fixei a pena no mínimo legal.

25) **Causas de aumento e diminuição de pena**: o roubo foi cometido mediante o concurso de pessoas e com o uso de arma de fogo, motivo pelo qual exaspero a pena aplicada em 3/, para fixá-la em 5 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 13 dias-multa, calculados na forma retro.

26) Inexistindo outras atenuantes ou agravantes e outras causas de diminuição ou aumento de Pena a se aplicar, fixo a pena do réu **WESLEY DA SILVA CARVALHO** em 5 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 13 dias-multa, calculados na forma acima, torno-a definitiva.

[...]

28.) **Regime de cumprimento de pena: fechado pois "em se tratando de roubo, que vem colocando em pânico a sociedade, evidencia-se, sem qualquer sombra de dúvida, intensa periculosidade do agente, sendo necessária a imposição do regime inicial fechado"** (RJTACrim/SP - n.º 47/268). Ainda, Vieira é reincidente. Nesse sentido, STJ: **"O CONDENADO REINCIDENTE DEVE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA DE RECLUSÃO SEMPRE EM REGIME FECHADO, INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE DE PENA APLICADA.** (Resp 66.708/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 21.05.1996 p. 22786)

[...]." (Fls. 92/98; grifo no original.)

O Tribunal de origem, proveu parcialmente o apelo do réu Wesley de Souza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vieira, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, mantido o acréscimo de 3/8 e o regime fechado, *in verbis*:

"Porém, em relação, ao réu Wesley de Souza Vieira, vislumbra-se que em nenhum dos processos a que responde apresenta sentença condenatória transitada em julgado, assim, pelo princípio da presunção da inocência, não há que se falar em maus antecedentes ou reincidência, não sendo devido também, aumento de 06 meses realizado com fundamento na conduta social, pois o magistrado baseou-se nos processos existentes, que, como referido, não podem ser considerados na dosimetria da pena, visto a não existência de sentença condenatória transitada em julgado (fls. 17 e 20 do 2.º apenso).

Assim, sua pena-base deve restar em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, havendo o aumento de 3/8 pelas duas causas especiais de aumento, resultando em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses e 13 (treze) dias-multa.

Não há nada de se alterar na pena de Wesley da Silva Carvalho."
(Fls. 65/67)

Observa-se que, 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. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação.

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

5. [...].

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses, em regime inicial semi-aberto, e 12



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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, **para ambos os Pacientes**.

No tocante ao regime de cumprimento de pena, constata-se que o mais gravoso, no caso o fechado, foi estabelecido diante gravidade abstrata do delito, malgrado tenha sido a pena-base dos Pacientes fixada no mínimo legal.

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 os condenados primários, de bons antecedentes, a decisão que lhes 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo a reprimenda do Paciente para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, bem como estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta.

É como voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0048305-2

HC 131.432 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1882007 993080420823

EM MESA

JULGADO: 08/11/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELA GABRIEL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WESLEY DE SOUZA VIEIRA
PACIENTE	: WESLEY DA SILVA CARVALHO

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.