



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 161.349 - SP (2010/0019554-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : VANESSA BOIATI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO DA SILVA ALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CAUSA DE AUMENTO. ARMA DE FOGO. FALTA DE APREENSÃO E PERÍCIA. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE MENÇÃO À CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. DESCABIMENTO. SÚMULA 444/STJ. PENA-BASE. REGIME MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito.
2. Se os antecedentes foram considerados negativos, mas nem a sentença nem o acórdão fizeram menção à existência de condenação criminal transitada em julgado, tem incidência a Súmula 444/STJ.
3. Se o paciente é primário, uma vez reduzida a pena-base ao mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais negativas, impõe-se o estabelecimento do regime inicial semiaberto.
4. Ordem parcialmente concedida a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e estabelecer o regime inicial semiaberto, ficando a pena redimensionada nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 06 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 161.349 - SP (2010/0019554-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Sérgio da Silva Alves**, em que é apontado como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da 18ª Vara Criminal de São Paulo/SP condenou o paciente às penas de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 40 dias-multa, no valor mínimo, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, por duas vezes, em concurso formal (autos n. 1.071/04). A defesa recorreu (Apelação n. 993.07.083262-2), porém o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (fl. 16):

Roubos Majorados - Acusado que, em dias diversos, roubou, com emprego de arma de fogo, a mesma residência - Arma não apreendida - Irrelevância - Comprovado seu emprego pela prova oral colhida, sendo desnecessária prova da potencialidade lesiva da arma - Reconhecimento - Acusado reconhecido pela mulher na delegacia e em juízo quanto ao roubo do veículo - Ratificação do reconhecimento extrajudicial pelas declarações prestadas pelo marido em audiência - Prova segura da autoria - Regime prisional fechado decorrente da comprovação da personalidade violenta e voltada para a prática de delitos patrimoniais, ostentada nos autos, necessitando do regime mais gravoso para início do processo de ressocialização - Recurso defensivo improvido.

Na presente impetração, afirma-se, em suma:

a) ter havido a indevida exasperação da pena-base, uma vez que, não contando o paciente com nenhuma condenação transitada em julgado, não se pode considerar que tenha ele maus antecedentes;

b) ser descabida a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, se a arma não foi apreendida e periciada;

c) haver ilegalidade na imposição do regime fechado apenas pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravidade abstrata do delito.

Pede-se a concessão da ordem para que seja reduzida a pena-base ao mínimo legal, afastada a causa de aumento mencionada e fixado o regime inicial semiaberto.

Indeferida a liminar pelo então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), foram dispensadas as informações (fls. 25/26).

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem (fls. 43/49).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 161.349 - SP (2010/0019554-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Busca-se, na presente impetração, em suma, a reforma da dosimetria da pena, efetivada pelas instâncias ordinárias.

Inicialmente, a Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito:

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 n. 961.863/RS, Rel. p/ acórdão o Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJe 6/4/2011)

No caso, acerca do emprego da arma, estabeleceu a sentença (fl. 12):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

O réu negou a prática delitiva, mas as vítimas o reconheceram na fase de investigação tendo Simone o apontado sem sombra de dúvida também quando ouvida em Juízo.

Geiel e Simone confirmaram ter sofrido dois roubos no mês dos fatos. O primeiro ocorreu na residência e foi praticado pelo acusado e seus asseclas enquanto na segunda oportunidade ela foi abordada e sofreu subtração de seu veículo. Em ambos o acusado portava arma de fogo.

A autoria, pois, é certa, bem como quanto à materialidade delitiva, que se depreende da prova oral coligida e do auto de exibição e apreensão.

[...]

O Tribunal de origem ratificou a conclusão do Juiz singular (fls. 18/20):

[...]

O recurso tirado é de ser improvido porque, diversamente do sustentado nas razões dos apelos, a r. sentença bem apreciou a prova coletada e, com razão, condenou o recorrente pela prática de crime de roubo, estando correto o regime eleito, sendo de rigor, a manutenção da causa de aumento de emprego de arma de fogo.

Vê-se dos autos que o recorrente abordou, munido de arma de fogo a vítima Simone em 1º agosto, quando estacionava na garagem de sua residência e subtraiu seu automóvel GM/Ômega. No dia 28 de agosto Geiel foi abordado pelo réu e seus comparsas, sob ameaça de emprego de arma de fogo, tendo invadido a residência e subtraído o automóvel Ford/Courier.

[...]

Ademais, os depoimentos colhidos das vítimas comprovam à saciedade o emprego de arma de fogo o que, por si só, já é suficiente ao reconhecimento da qualificadora, sendo desnecessária a apreensão da arma e sua submissão ao laudo de potencialidade lesiva, porquanto das declarações do casal verifica-se clara a potencialidade para intimidação das armas de fogo utilizadas.

[...]

Dessa forma, mostra-se escorreita a aplicação da majorante do emprego de arma de fogo.

Por outro lado, a dosimetria da pena, na sentença, foi assim fundamentada (fl. 13):

[...]

Passo a dosar a pena seguindo os critérios legais postos pelo art. 59, do CP, fixando a pena-base em 4 (quatro) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa no piso mínimo unitário, acima do menor patamar abstratamente previsto por conta dos péssimos antecedentes (certidões de fls. 62 e 124).

Estando presente a causa de aumento prevista pelo inciso I, do § 2º, do art. 157, do CP elevo a sanção corporal em 1/3 (um terço): 6 (seis) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão.

Pelo conseqüente reconhecimento da continuidade delitiva exaspero a sanção privativa de liberdade em um sexto tornando-a definitiva em 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Pena final: 7 (sete) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, no valor mínimo unitário.

O regime inicial de cumprimento da pena será o fechado como prevê a alínea "a", do § 2º, nos termos do § 3º, ambos do art. 33, do CP por conta da gravidade do delito e dos péssimos antecedentes.

[...]

O acórdão impetrado, por sua vez, assim se manifestou (fls. 20/21):

[...]

A pena base foi dosada em um oitavo (1/8) acima do mínimo legal em decorrência dos maus antecedentes e majorada em um terço (1/3) pelo emprego de arma de fogo, não tendo sido considerado o concurso de agentes para majorar o segundo delito, atingindo seis (6) seis anos de reclusão para cada roubo, incidindo a exasperação de um sexto (1/6) decorrente da continuidade delitiva, somando-se as penas de multa, não havendo correções a serem feitas na dosimetria, dada a ausência de recurso ministerial a respeito. O regime inicial fechado se impõe, uma vez verificada a personalidade perigosa do agente, na forma como o delito foi cometido, ameaçando as vítimas com arma de fogo, encostando-a, inclusive, na cabeça das filhas do casal, bem como pelo fato de que, embora sem reincidência técnica, o acusado demonstra pelo amealhado personalidade voltada para a prática de delitos patrimoniais violentos, mostrando-se necessária a segregação no regime mais gravoso para início do seu processo de ressocialização.

[...]

A majoração da pena-base está a merecer reparos.

De fato, observa-se que a única circunstância judicial considerada como desfavorável dizia respeito aos maus antecedentes. No entanto nem a sentença nem o acórdão fizeram menção à existência de condenação transitada em julgado, razão pela qual tem incidência a Súmula 444/STJ:

É vedada a utilização de inquérito policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

No mesmo diapasão:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESAVORABILIDADE. *MODUS OPERANDI*. MAUS ANTECEDENTES. NEGATIVIDADE. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DESTE STJ. MOTIVOS DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE EM PARTE DEMONSTRADA. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Não há como se acoimar de ilegal a sentença condenatória no ponto em que procedeu ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista a elevada reprovabilidade das condutas delituosas praticadas, bem evidenciada pelo *modus operandi* empregado.

2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (Súmula 444 deste STJ).

3. Não tendo o juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavorável a circunstância judicial do motivo do crime, de rigor a redução da pena-base nesse ponto.

4. As circunstâncias e consequências do delito justificam maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, por demonstrarem a maior periculosidade dos agentes, dentre eles o paciente.

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias e pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa.

(HC n. 185.634/ES, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 31/5/2011)

PENAL. FURTO. PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A existência de processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima aumento da pena-base. Aplicação da Súmula 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Ordem concedida para reduzir a pena ao mínimo legal, no regime inicial aberto e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

(HC n. 193.738/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30/5/2011)

Igualmente, sendo o paciente primário e reduzida a pena-base ao mínimo legal em razão da ausência de circunstâncias judiciais negativas, impõe-se o estabelecimento do regime inicial semiaberto.

Nesse contexto, tem aplicação a Súmula 440/STJ:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, dispõem as Súmulas 718 e 719/STF:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Passa-se ao redimensionamento da pena.

Afastada a valoração negativa dos maus antecedentes, reduzo a pena-base ao mínimo legal de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, a qual mantenho, provisoriamente, no mesmo patamar, em razão da ausência de atenuantes e agravantes. Pelas causas de aumento, majoro a reprimenda em 1/3, fixando-a, em caráter provisório, em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. Diante da continuidade delitiva, exaspero-a em 1/6, tornando-a definitiva em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 15 dias-multa, no valor estipulado pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e estabelecer o regime inicial semiaberto, ficando a pena redimensionada nos termos do voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0019554-0

HC 161.349 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10712004 10888193 50031006256 993070832622

EM MESA

JULGADO: 06/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VANESSA BOIATI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO DA SILVA ALVES

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.