



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.941 - SP (2010/0036733-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARI NESTOR DA SILVA JÚNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CAUSA DE AUMENTO. ARMA DE FOGO. FALTA DE APREENSÃO E PERÍCIA. REGIME FECHADO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. SÚMULA 443.

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, na dosimetria da pena do paciente, condenado pela prática do crime de roubo circunstanciado, estabeleceu-se a pena-base acima do mínimo legal em razão da existência de circunstância judicial negativa, devidamente fundamentada, mostra-se correta a fixação do regime inicial fechado.

3. A exasperação da pena pelas instâncias ordinárias apenas em razão do número de causas de aumento vai de encontro ao comando da Súmula 443/STJ.

4. Ordem denegada. *Habeas corpus* deferido, de ofício, para reduzir a majoração da reprimenda, pelas causas de aumento, à fração mínima de 1/3, ficando a pena privativa de liberdade redimensionada em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão.

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, denegar a ordem, mas, de ofício, expedir *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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.941 - SP (2010/0036733-3)

RELATÓRIO

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

Consta dos autos que o Juízo de Direito da 25ª Vara Criminal de São Paulo/SP condenou o paciente às penas de 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 41 dias-multa, no valor mínimo, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 29, *caput*, e o art. 61, I, todos do Código Penal (autos n. 050.08.032718-4). A defesa recorreu (Apelação n. 990.09.021413/9) e o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso para afastar a reincidência, diminuindo a pena para 6 anos e 5 meses de reclusão e 14 dias-multa (fls. 17/19).

Na presente impetração afirma-se, em suma:

a) 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;

b) haver ilegalidade na imposição do regime fechado apenas pela gravidade abstrata do delito.

Pede-se a concessão da ordem para que seja afastada a causa de aumento mencionada e fixado o regime inicial semiaberto.

Indeferida a liminar, foram dispensadas as informações (fls. 34/35).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 53/60).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.941 - SP (2010/0036733-3)

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, disse a sentença (fl. 16):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Ari Nestor da Silva Júnior é um assaltante profissional, consoante se extrai de seu histórico de vida (fls. 24/33 e 80/81), assim como das duas condenações, transitadas em julgado, pela prática de roubo qualificado (fls. 58 e 59).

O acusado, ao ser interrogado em Juízo, admitiu a prática criminosa. Disse que juntamente com o comparsa não identificado, abordaram a vítima e anunciaram o assalto. O interrogando portava o simulacro de Pistola que foi posteriormente apreendido consigo. O comparsa logrou êxito em evadir com o produto do roubo, ao passo que o acusado foi capturado e autuado em flagrante delito (fls. 64).

A vítima S.P.C. (qualificação protegida - Prov. CGJ nº 32/00), ao prestar declarações nas duas fases procedimentais, asseverou que na oportunidade usava um relógio muito caro, da marca "Britlieng", feito de ouro e platina, no valor de R\$ 6.000,00. Portava também um celular Motorola U9, no valor de R\$ 800,00/R\$ 900,00. Caminhava pela Rua Padre João Manoel quando foi abordada pelo acusado Ari Nestor da Silva Junior e outro meliante. O réu quem fazia uso do simulacro de Pistola que foi posteriormente apreendido. Já o comparsa do acusado empunhava uma arma de fogo verdadeira. Os meliantes anunciaram o roubo e mandaram entregar o relógio de pulso e o celular. Os ladravazes então se evadiram em poder dos bens. Pessoas que presenciaram o roubo acionaram Policiais Militares que se encontravam pelas imediações. Os milicianos foram atrás dos criminosos. O réu, para despistar os policiais, chegou a trocar de camisa. Porém foi capturado e prontamente reconhecido pela declarante como sendo um dos autores da infração. O comparsa do acusado, por sua vez, conseguiu se evadir com a arma de fogo e o produto do roubo (fls. 06, 13 e 69/70).

[...]

O Tribunal de origem ratificou a conclusão do Juiz singular (fl. 18):

[...]

O porte de um simulacro de arma não pode ser considerado causa de aumento da pena do roubo. Trata-se instrumento que serviu para intimidar e eliminar possível resistência da vítima, o que já está na descrição típica do *caput* do art. 157 do Código Penal. Não se trata de arma, porém.

No entanto, a vítima disse que o comparsa também estava armado. Sua armada não foi apreendida. Cabia à Defesa apresentar essa arma para provar que se tratava de um simulacro, ou de um brinquedo, ou ainda sua ineficácia. Era prova que viria em seu benefício. Dela o ônus, portanto, do que não se desincumbiu.

Pois se a palavra da vítima merece ser acreditada quando aponta e reconhece o assaltante, merecerá igual credibilidade, quando diz que houve emprego de arma.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Por outro lado, a dosimetria da pena, na sentença, foi assim fundamentada (fls. 13/14):

[...]

As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal foram consideradas desfavoráveis ao réu, face ao seu criminoso histórico de vida, envolvido no cometimento de outro crime patrimonial cometido com violência à pessoa. Trata-se de reincidente técnico específico e portador de péssimos antecedentes. Destarte, iniciará o cumprimento da pena no regime fechado, mesmo porque a prática de roubo exige do Estado uma repressão e punição mais rigorosas. Delitos da espécie geram a intranquilidade de trabalhadores, famílias e da Sociedade como um todo, sendo que o regime prisional aplicado traduz o meio mais eficaz e corresponde a uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade.

A concessão do regime aberto ou semi-aberto, nos casos onde a periculosidade do agente é evidente, equivale a uma autêntica impunidade e num incentivo injustificável para a prática de outras infrações (RJTACRIM 10/115).

Face a esse contexto, verifica-se ainda que o sentenciado, em liberdade, continuaria a colocar em risco a ordem pública e sua custódia, uma vez mantida, garantirá a aplicação da lei penal, até porque o agente não demonstrou vínculo com o distrito da culpa ou o exercício de regular labor.

Ademais, tratando-se de réu preso cautelarmente e que permaneceu recolhido durante o curso do processo, não tem direito de apelar em liberdade, pois um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão (RHC 3.473-4, 5ª Turma, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 23.3.94, v.u. 4.4.94, p 6691).

[...]

O acórdão impetrado, por sua vez, assim se manifestou (fls. 18/19):

[...] a pena merece correção. É que a r. sentença compensou a confissão com a reincidência, referindo-se à condenação objeto de certidão de fls. 59, mantida, pois, o quantum da pena base (5 anos e 30 dias-multa). No entanto, aquela condenação ainda não transitou em julgado em julgado, de modo que não se pode falar em reincidência.

A outra certidão, de fls. 58 que, esta sim comprova reincidência, não foi considerada como tal na dosagem e sim como Maus antecedentes, a explicar a pena base acima do mínimo.

Destarte, tratando-se de apelo exclusivo da Defesa, forçoso reduzir a pena base diante da confissão, desprezando a condenação da certidão de fls. 59, ficando a pena, assim, em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa. Presentes duas causas de aumento (concurso de agentes e emprego de arma), aplica-se o percentual de aumento de 3/8, que resulta na pena definitiva de 6 anos e 5 meses de reclusão e 14 dias multa, à míngua de outras causas a influir na dosagem.

O roubo praticado em plena rua e em plena luz do dia, revelando os assaltantes ousadia e periculosidade, a recomendar o regime fechado, indicado, *in casu*, para que sejam alcançados os objetivos da pena.

[...]

De outra parte, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não merece reparos.

Se, na dosimetria da pena do paciente, condenado pela prática do crime de roubo circunstanciado, estabeleceu-se a pena-base acima do mínimo legal em razão da existência de circunstância judicial negativa, devidamente fundamentada, mostra-se correta a fixação do regime inicial fechado.

A esse respeito:

PENAL. ROUBO. PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. AGRAVAMENTO. POSSIBILIDADE. ATENUANTE GENÉRICA. MENORIDADE. NÃO CONSIDERAÇÃO. ASSUNTO NÃO DECIDIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Se existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que fixada a pena-base acima do mínimo legal, justificada se apresenta a fixação de regime inicial fechado, mais gravoso, para o crime de roubo. Precedentes.

2. Se a matéria referente à aplicação da atenuante da menoridade não foi suscitada nas instâncias de origem e, por isso mesmo, não decidida, não merece conhecimento, em sede de *habeas corpus*, sob pena de supressão de instância.

3. Julgamento, contudo, de ofício, neste particular, ante a flagrante ilegalidade em deixar de fazer incidir a atenuante na dosimetria da pena, notadamente porque a pena-base foi fixada acima do mínimo. Precedentes.

4. *Habeas corpus* denegado, mas concedida a ordem, *ex officio*, para, incidindo a menoridade, reduzir a pena privativa de liberdade, de ambos os pacientes, a 06 anos e 09 meses de reclusão, mantida nos mais a condenação.

(HC n. 100.839/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/6/2011)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Embora a pena corporal seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), a existência de circunstância judicial desfavorável impede a imposição do regime intermediário para início da expiação, nos termos do art. 33 do Código Penal.

2. Ordem denegada.

(HC n. 180.208/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/5/2011)

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VIOLÊNCIA REAL. ART. 33, § 3º, DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. A quantidade de pena aplicada e o fato de ser a sentenciada primária não vedam a fixação de regime inicial de cumprimento mais severo quando as circunstâncias judiciais são claramente desfavoráveis, ensejando, inclusive, a aplicação de pena-base acima do mínimo-legal. Teleologia do art. 33, § 3º do CP.

2. Ordem denegada.

(HC n. 185.793/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 9/5/2011)

No entanto, verifica-se a existência de ilegalidade flagrante, a ser reparada de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Destarte, as instâncias ordinárias, ao majorarem a pena em 3/8, levaram em consideração apenas o número de causas de aumento.

Nesse contexto, tem incidência a Súmula 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.

Ante o exposto, **denego** a ordem, porém **concedo** *habeas corpus*, de ofício, para reduzir a majoração da reprimenda, pelas causa de aumento, à fração mínima de 1/3, ficando a pena privativa de liberdade redimensionada em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0036733-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 163.941 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50080327184 990090214139

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 : MARIANA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARI NESTOR DA SILVA JÚNIOR

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, denegou a ordem, mas, de ofício expediu 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.