



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.818 - SP (2010/0154395-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : YANKO OLIVEIRA CARVALHO BRUNO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO MAGALHÃES DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. COMPROVAÇÃO POR PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. AUMENTO DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE CAUSAS DE AUMENTO. SÚMULA 443/STJ. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. SÚMULA 440/STJ.

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. 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.

3. 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 para reduzir a majoração da reprimenda, pelas causas de aumento, à fração mínima de 1/3, ficando a pena privativa de liberdade redimensionada para 5 anos e 4 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multas, no mínimo legal, bem como para fixar o regime prisional inicial semiaberto.

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.818 - SP (2010/0154395-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Rodrigo Magalhães de Souza**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de São José dos Campos/SP (Processo n. 1620/05) condenou o paciente à pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, pela prática do fato típico descrito no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação (n. 990.09.063120-1), ao qual foi negado provimento.

Alega a impetrante, em suma, que (fls. 5/6):

[...] uma vez que não houve sequer apreensão do instrumento utilizado para a devida perícia, é contrária ao texto expresso da lei federal a majoração da pena em virtude do emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do Código Penal).

[...]

O r. decreto condenatório, mantido pelo E. Tribunal de Justiça, justificou o aumento da pena em 1/2, diante da presença de três causas de aumento de pena.

No entanto, em que pesem respeitáveis posicionamentos em sentido contrário, tal fundamentação não se mostra válida, diante do disposto no art. 68 do CP.

[...]

Ao se fixar o regime de cumprimento de pena, se fundamentou que o regime inicial deve ser o fechado, único compatível com a gravidade do delito.

No entanto, tal decisão não está de acordo com o princípio constitucional da individualização da pena, com a lei penal e com a jurisprudência.

[...]

O pedido liminar foi parcialmente deferido para que "o paciente seja colocado no regime correspondente à pena imposta na sentença (semiaberto),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

até o julgamento do mérito do presente *writ*, salvo prisão por outro motivo" (fl. 34).

Devidamente instruído o feito, foram dispensadas as informações.

O Ministério Público opinou pela concessão parcial da ordem, de forma a determinar a fixação de regime prisional mais favorável ao réu (fls. 40/42).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.818 - SP (2010/0154395-3)

VOTO

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

Busca a impetrante a concessão da ordem para que seja afastada a causa especial decorrente do emprego de arma, seja diminuída a fração de aumento relativa às causas especiais de aumento e, por fim, seja fixado regime prisional semiaberto.

Primeiramente, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção, DJe 6/4/2011)

No mesmo sentido, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal:

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.

(HC n. 96.099/RS, Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 5/6/2009)

Sobre a questão, o Juízo de primeira instância consignou que (fl. 12):

[...]

As vítimas e as testemunhas ouvidas, policiais militares, de maneira firme e coerente, informaram que os dois indivíduos aproximaram-se e, utilizando arma de fogo à guisa de grave ameaça, anunciaram o assalto. [...]

Diante desse quadro, há prova suficiente de que o réu Rodrigo praticou o fato típico previsto no artigo 157, parágrafo 2º, I, II e V, do Código Penal, em suas elementares e circunstâncias, pois mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, em concurso de agentes, com restrição à liberdade da vítima, reduzindo-a a impossibilidade de resistência, subtraiu para si bens móveis pertencentes a ela.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, assentou que (fl.

26):

[...]

O uso de arma de fogo foi atestado pelas vítimas. Se a palavra destas é suficiente para atestar a autoria, o é também para confirmar a causa especial de agravamento do uso de arma.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, mostra-se escorreita a aplicação da causa de aumento de pena, pois evidenciado, pelo depoimento das vítimas, o efetivo emprego da arma de fogo como forma de constrangimento para a prática do roubo.

Passo seguinte, quanto à fixação do percentual relativo às causas de aumento, fundamentou o Juízo de primeiro grau que (fl. 14):

[...]

Na aplicação da pena, sopesados os elementos do artigo 59 do Código Penal, a pena base deve ser fixada no mínimo legal.

Prosseguindo-se, deve haver aumento de metade em razão das causas especiais de aumento do emprego de arma, do concurso de agentes e do sequestro, nos termos do artigo 157, parágrafo 2º, I, II e V do Código Penal Brasileiro, pois se trata de três causas de aumento, demonstrando-se assim a maior gravidade de sua conduta.

[...]

O Tribunal de Justiça de São Paulo, do mesmo modo, entendeu que (fl. 26):

[...]

As básicas de quatro anos de reclusão e dez dias-multa, foram, com justiça, acrescidas de metade, não apenas pela quantidade de causas especiais de agravamento, mas também pela sua gravidade. As vítimas, sem a menor necessidade do roubo, foram mantidas no veículo, por mais de vinte minutos, que rodou pela Rodovia Dutra, e deixados muito distantes de suas casas, com apenas R\$ 5,00, circunstâncias demonstrativas de diferenciada periculosidade dos agentes.

[...]

Ao que se tem dos autos, a pena foi aumentada em 1/2 sem que fosse registrada qualquer excepcionalidade concreta a justificar a majoração acima de 1/3, não sendo suficiente, para tanto, a gravidade em abstrato do crime ou a mera constatação da existência de três causas de aumento.

É que o critério de elevação da pena na terceira fase da dosimetria possui caráter subjetivo, e não meramente matemático, a depender, pois, das circunstâncias do caso concreto.

Nesse contexto, tem incidência a Súmula 443/STJ:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 fim, quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, consignou o juízo sentenciante que (fl. 15):

[...]

O regime inicial para cumprimento de pena, não obstante a quantidade fixada, nos termos do artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, deverá ser o fechado, único compatível com o delito de roubo, crime grave que desassossega a sociedade.

[...]

O Tribunal, por sua vez, registrou que (fl. 26):

[...]

O montante das penas, a gravidade dos fatos e a periculosidade do agente demonstram ser necessária a sua segregação em regime fechado.

[...]

Nesse passo, dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) 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;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Ao que se tem, o regime de cumprimento de pena deverá ser fixado conforme a regra do parágrafo 2º acima transcrito, que pode ser excepcionada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificadamente, quando desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

In casu, o réu não possui circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que impede o agravamento do regime de cumprimento prisional, pois a violência ou grave ameaça e o emprego de arma de fogo constituem elementos inerentes ao tipo penal em abstrato.

Nesse contexto, tem aplicação a Súmula 440/STJ:

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.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem para reduzir a majoração da reprimenda, pelas causas de aumento, à fração mínima de 1/3, ficando a pena privativa de liberdade redimensionada para 5 anos e 4 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multas, no mínimo legal, bem como para fixar o regime prisional inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0154395-3

HC 182.818 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16202005 990090631201

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : YANKO OLIVEIRA CARVALHO BRUNO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO MAGALHÃES DE SOUZA

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.