



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.184 - SP (2010/0156911-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOCELIO GONÇALVES BARROS

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA QUE COMPROVAM O EFETIVO EMPREGO DE ARMA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO QUE SE MOSTRA DEVIDA. FRAÇÃO DAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA EM 3/8. CRITÉRIO QUANTITATIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. EXECUÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. PRIMARIEDADE. FAVORABILIDADE DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Consoante o entendimento da Terceira Seção deste Superior Tribunal, para a incidência da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a comprovação do seu efetivo poder vulnerante, quando existirem nos autos elementos de prova que atestem o seu emprego na ação criminosa. (EREsp n. 961.863/RS). Precedentes.

2. A simples existência de duas ou mais majorantes do crime de roubo não é suficiente, por si só, para ensejar o aumento de pena superior ao mínimo legalmente previsto, qual seja, 1/3, devendo a escolha da fração ser pautada pelo critério subjetivo, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena.

3. Ausente fundamentação concreta que justifique a imposição de fração superior à mínima legalmente prevista, evidente o constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente, devendo, por isso mesmo, ser estabelecido o aumento de 1/3 na terceira etapa da dosimetria.

4. A gravidade abstrata do delito não justifica a determinação de regime mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta. Inteligência da Súmula 440/STJ. Precedentes.

5. Mostra-se devida a imposição do regime inicial semiaberto aos condenados à pena inferior a 8 anos de reclusão, quando primários, detentores de bons antecedentes e favoráveis todas as circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir o *quantum* de aumento, na terceira fase da dosimetria, para 1/3, ficando a reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do paciente definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal.

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 nos termos do voto do Senhor 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, 13 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.184 - SP (2010/0156911-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Jocelio Gonçalves Barros**, apontando como autoridade coatora a 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 993.06.065169-2, interposta pela defesa, mantendo a sentença, que condenou o paciente à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que, para a incidência da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, seria necessária a apreensão e perícia da arma de fogo, o que não ocorreu na espécie dos autos.

Argumenta, ainda, que deveria ter se procedido ao aumento mínimo de 1/3 na terceira etapa da dosimetria, em razão das majorantes do crime de roubo, ressaltando que o critério quantitativo tem sido rechaçado pela atual jurisprudência pátria.

Destaca que, consoante a Súmula 718/STF, a gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a ensejar a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso do que o permitido segundo a reprimenda aplicada, razão pela qual deveria ser fixado ao paciente o modo inicialmente semiaberto de execução.

Requeru, liminarmente, pudesse o paciente aguardar em liberdade o julgamento final do presente *writ*. No mérito, pugna por que:

a) seja afastada a causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I, do Código Penal;

b) seja realizado o aumento de 1/3 na terceira etapa da dosimetria;

c) seja fixado ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Ante a suficiente instrução dos autos, foi dispensado o pedido de informações à autoridade tida como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, para que fosse reduzido para 1/3 o aumento de pena realizado na terceira fase da dosimetria e fosse fixado o regime inicial semiaberto de execução.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.184 - SP (2010/0156911-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, porque, no dia 4/4/2005, agindo em concurso e com prévia combinação com dois adolescentes, subtraiu, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, um aparelho celular pertencente à vítima Dalva Ribeiro da Silva (fl. 13).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

No que tange à majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal – emprego de arma –, o Juiz sentenciante consignou o seguinte (fl. 17):

Dalva Ribeiro da Silva confirmou a ocorrência do roubo e reconheceu o réu, com certeza. Dirigia seu veículo e, ao parar em um semáforo, foi abordada pelos quatro assaltantes. O réu encostou um revólver no seu ouvido e outro assaltante a atingiu na nuca, com uma arma.

A Corte estadual, por sua vez, manteve a incidência da causa especial de aumento de pena em questão, por entender que "pouco importa, destarte, que a arma não tenha sido apreendida" (fl. 26).

Quanto à incidência da majorante do emprego de arma de fogo em questão, quando a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, não restou comprovado o seu efetivo poder vulnerante, cumpre salientar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal, quando do julgamento do EREsp n. 961.863/RS, realizado no dia 13/12/2010, firmou o entendimento de que é prescindível a apreensão e perícia da arma para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua utilização por outros meios de prova.

Eis a ementa do referido julgado, cujo acórdão foi lavrado pelo Ministro Gilson Dipp:

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, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJe 6/4/2011)

No informativo n. 460/STJ, restaram explicitados os motivos que levaram à rejeição dos referidos embargos de divergência, por meio dos quais se visou à solução da discordância até então havida entre a Quinta e Sexta Turma deste Superior Tribunal em relação à matéria *sub examine*. Veja-se:

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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Assim, tem-se que, mesmo nas hipóteses em que não apreendida e periciada a arma empregada no cometimento do delito de roubo, a fim de comprovar o seu efetivo poder vulnerante, mostra-se justificada a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, quando existirem nos autos elementos de prova que atestem o seu efetivo emprego no caso em análise, exatamente como ocorre na hipótese dos autos, em que as instâncias ordinárias se apoiaram nos relatos da vítima para concluir pela utilização de arma de fogo no delito de roubo praticado pelo paciente e pelos comparsas, pelo que ausente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado pela via eleita nesse ponto.

Nesse sentido, o seguinte julgado da Sexta Turma deste Superior Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO NO ERESP Nº 961.863/RS. PROVAS QUE DEMONSTRAM A UTILIZAÇÃO DA ARMA DE FOGO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento do EREsp nº 961.863/RS, alinhando-se à posição do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que **é prescindível a apreensão e a perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova.**

2. No caso, o réu foi detido na posse de uma arma de fogo, não apreendida ou remetida à perícia. A sentença narra que o acusado confessou ter utilizado a arma e que as testemunhas e a vítima relataram o emprego do referido artefato durante o crime de roubo. Tais as circunstâncias, no caso concreto, estou confortado porque as circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fáticas correspondem ao raciocínio que fiz no voto vencido do já referido EREsp 961.863.

3. Agravo regimental a que se dá provimento para denegar a ordem e restabelecer o quantum de pena fixado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

(AgRg no HC n. 125.034/SP, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta turma, DJe 18/4/2011)

Ainda, o seguinte julgado da Quinta Turma deste Sodalício:

*HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO, ANTE A FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO DA AUTORIA BASEADO APENAS NA OITIVA DA VÍTIMA. TESE QUE NÃO PODE PROSPERAR. MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO COMPROVADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA FASE POLICIAL E RATIFICADO EM JUÍZO. CONVICÇÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE NÃO COMPETE A ESTA CORTE INFIRMAR, MORMENTE NA VIA PROCESSUAL ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO *HABEAS CORPUS*. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. EXAME PERICIAL. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. 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.*

[...]

3. Dispõe o art. 167 do Código de Processo Penal que o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios para o exame do corpo de delito, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma.

4. 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.

5. 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.. ORDEM DENEGADA.

6. *Writ* denegado.

(HC n. 164.113/DF, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 29/6/2011)

No mesmo norte, precedente do Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. INSTRUÇÃO CRIMINAL QUE EVIDENCIOU O EFETIVO MANEJO DO ARTEFATO OFENSIVO. PROVA TESTEMUNHAL. INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA MAJORANTE. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA.

1. À falta de apreensão da arma de fogo, mas comprovado o seu emprego por outros meios idôneos de prova, não há como refugar a aplicação do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

2. A incidência da circunstância majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do estatuto incriminador está justificada no maior potencial de intimidação e conseqüente rendição da vítima, provocadas pelo uso de arma de fogo. Precedente do Plenário do STF: HC 96.099, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski. Precedentes da Primeira Turma: 94.236 e 101.534, da minha relatoria. Precedentes da Segunda Turma: HC 94.448, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie; HC 94.616, da relatoria do ministro Celso de Mello.

3. *Habeas corpus* indeferido.

(HC n. 104.653, Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 17/9/2010)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RHC. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que essa qualidade integra a própria natureza do artefato.

II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*.

III - A majorante 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 - Recurso desprovido.

(RHC n. 103.544, Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 11/6/2010)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DA ARMA E DE PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no roubo para comprovar a qualificadora do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, já que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial. Precedentes.

3. Compete ao acusado o ônus de provar que não utilizou arma de fogo ou que a arma utilizada não tinha potencialidade lesiva, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

4. Ordem denegada.

(HC n. 100.187, Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 16/4/2010).

No que se refere à elevação da reprimenda efetuada na terceira etapa da dosimetria, em razão das duas majorantes do crime de roubo – emprego de arma e concurso de agentes –, verifica-se que o Juiz sentenciante entendeu devida a incidência da fração de 3/8, pelos motivos a seguir aduzidos (fl. 18):

Tratando-se de roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes, aumento a pena em 3/8, fixando-a em cinco anos e seis meses de reclusão e treze dias-multa. Entendo que o acréscimo de 1/3 deve ser reservado para os casos de incidência de apenas uma qualificadora.

Nesse sentido, aliás, a lição do eminente Ministro Moreira Alves, do Colendo Supremo Tribunal Federal: 'Quanto ao concurso de causas de aumento de pena, variando a fixação deste de 1/3 a metade, e havendo duas causas concorrentes, há, sem dúvida, maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, razão porque é mais correta a corrente doutrinária que sustenta que, nesse caso, ambas devem ser consideradas para a fixação do aumento além do limite mínimo.' (*Habeas corpus* nº 73.536-3 - Rio de Janeiro, 16/04/96).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a elevação realizada na terceira fase de aplicação da pena, ao argumento de que, "presentes duas causas de aumento de pena de poder intimidativo normal, como no caso, o aumento deve mesmo ser de três oitavos (3/8), como bem efetuado pela r. sentença recorrida" (fl. 27).

Dos trechos anteriormente transcritos, observa-se que as instâncias ordinárias, na terceira etapa da dosimetria, fundamentaram a imposição da fração de 3/8 de aumento de pena tão somente na quantidade de majorantes do delito de roubo cometido, em inobservância ao disposto na Súmula 443/STJ, que assim dispõe:



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.

Em outras palavras, consoante o entendimento consolidado nesta Corte Superior de Justiça, a simples existência de duas ou mais majorantes do crime de roubo não é suficiente, por si só, para ensejar o aumento de pena superior ao mínimo legalmente previsto, qual seja, 1/3, devendo a escolha da fração ser pautada pelo critério subjetivo, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena.

Vale dizer, para a exasperação da reprimenda em patamar acima da fração mínima legalmente prevista, mostra-se necessária a ocorrência de circunstâncias reveladoras de uma gravidade acentuada, tais como o concurso de vários agentes, o uso de grande número de armas de fogo, de arma de fogo de grosso calibre ou de uso restrito das Forças Armadas, a restrição por tempo prolongado da liberdade da vítima, ou, ainda, de circunstâncias que denotem efetiva periculosidade dos agentes e que sejam capazes de ensejar maior severidade na resposta penal.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste Superior Tribunal:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA PREVISTAS NO ART. 157, § 2º, I, II, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO. DESNECESSIDADE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE CONFIRMAM A UTILIZAÇÃO DA ARMA. CONCURSO DE MAJORANTES. FRAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA EM MAIS DE 1/3. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

3. A presença de duas ou mais causas de aumento podem ensejar a majoração da reprimenda além de 1/3 (um terço), situação que não implica em dizer que a simples presença de tais circunstâncias, isoladamente, justifiquem a exasperação da pena acima do mínimo previsto.

4. A majoração da pena acima do mínimo legal 1/3 (um terço) requer fundamentação idônea, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem o acréscimo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena. Súmula n.º 443 desta Corte.

5. Ordem parcialmente concedida a fim de redimensionar a pena do acusado da prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I, II, do Código Penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e em 13 (treze) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal. Em razão do concurso material, fixa-se, em definitivo, a pena do condenado em 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal.

(HC n. 92.269/RJ, Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, DJe 3/8/2011)

No mesmo norte, a Quinta Turma deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PACIENTE ABSOLVIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA E CONDENADO PELO TRIBUNAL. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CONFIGURADO. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA PRESENÇA DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO.

POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Embora a acusação, em sede de alegações finais, não tenha capitulado a conduta do Paciente no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, a condenação, pelo Tribunal, não foi extra petita, pois se deu nos termos da denúncia ofertada.

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

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque considerada, no caso concreto, circunstância judicial desfavorável ao réu, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

4. Ordem parcialmente concedida para, tão somente, modificar a fração de aumento de 3/8 para 1/3, na terceira fase da dosimetria da pena, readequando-se a pena para 05 anos e 04 meses de reclusão.

(HC n. 131.460/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 7/2/2011)

Por essas razões, resta evidenciado o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente nesse ponto, tendo em vista que não foram apontados elementos concretos que ensejassem a elevação da reprimenda, na terceira etapa da dosimetria, em patamar superior ao mínimo legalmente previsto.

Dessa forma, impõe-se a concessão da ordem para aplicar a fração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínima de 1/3 na terceira fase da dosimetria, ficando a reprimenda do paciente definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.

No que se refere ao modo de cumprimento de pena fixado ao paciente, o Juiz sentenciante entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, pelas razões a seguir expostas (fl. 19):

O réu deverá iniciar o cumprimento de sua pena privativa de liberdade em regime fechado. O regime mais brando não atenderia à finalidade de reprovação e prevenção da conduta delitiva. O regime fechado é o único adequado à manifesta periculosidade dos agentes que praticam esse grave tipo de delito, cada vez mais frequente e que tanto intranquiliza a população desta cidade.

Por outro lado, o fato de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, por si só, não justifica a fixação de regime mais brando.

O Tribunal de origem, por seu turno, entendeu devida a imposição do modo inicialmente mais gravoso, pelos fundamentos abaixo expostos (fls. 27/28):

D'outra face, o regime prisional fechado foi fixado em absoluto acerto. Trata-se de crime grave que, cada vez mais e de forma incessante, vem trazendo desassossego à sociedade em geral, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes. Estes merecem, portanto, receber uma resposta enérgica do Poder Judiciário. É o que espera e vem pedindo a sociedade. O estabelecimento de regime prisional diverso para tais casos certamente revelar-se-ia medida insuficiente para a reprovação e prevenção de tal espécie delituosa, ainda mais em face da concreta e evidente maior periculosidade do agente e de seu manifesto desajuste para a vida em sociedade, tanto que cometeu o crime de modo duplamente agravado.

Dos trechos mencionados, observa-se que foi imposto ao paciente o regime inicialmente mais gravoso com fundamento apenas na gravidade abstrata do delito perpetrado, ao argumento de que "o regime fechado é o único adequado à manifesta periculosidade dos agentes que praticam esse grave tipo de delito" (fl. 19), sem, no entanto, terem sido apontados elementos concretos nos autos que justificassem o porquê de tal conclusão, argumento que, consoante entendimento firmado por este Superior Tribunal, não se justifica para a determinação de regime mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, sobretudo quando o paciente é primário, detentor de bons antecedentes e as circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foram todas tidas como favoráveis, exatamente como na espécie dos autos (fl. 18).

Aliás, esse é o entendimento consagrado na Súmula 440/STJ, a saber:

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, a orientação firmada nas Súmulas 718 e 719/STF, respectivamente:

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.

Confira-se, ainda, o seguinte julgado deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, do CP. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DO APETRECHO PARA COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. TESE PREVALENTE NA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. EXASPERAÇÃO, NA TERCEIRA ETAPA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO, NA FRAÇÃO DE TRÊS OITAVOS COM BASE UNICAMENTE NO NÚMERO DE MAJORANTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO.

[...]

5. A gravidade abstrata do delito não é justificativa idônea à fixação de regime prisional mais gravoso. No caso, a pena-base foi fixada em seu mínimo legal e consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais. Assim, não há óbice ao estabelecimento do regime semiaberto.

6. Ordem parcialmente concedida para, de um lado, reduzir as penas recaídas sobre o paciente, fixando-as, definitivamente, em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa; de outro lado, fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC n. 205.915/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 17/8/2011)

Nesse sentido, a ordem merece ser concedida também nesse ponto, para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo em parte** a ordem, para reduzir o *quantum* de aumento na terceira fase da dosimetria para 1/3, ficando a reprimenda do paciente definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0156911-2

HC 183.184 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50050259342 5562005 993060651692

EM MESA

JULGADO: 13/09/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOCELIO GONÇALVES BARROS

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, nos termos do voto do Senhor 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.