



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.500 - RJ (2009/0116910-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ANGELA THEREZA HAUSSMANN MOURA BRITO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JOÃO VÍTOR LIMA DE MELO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. (2) PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. (3) EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. (4) REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. (5) DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. (6) ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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

2. Hipótese em que o magistrado de primeiro grau e a Corte estadual assentaram a existência de prova suficiente a demonstrar a utilização da arma de fogo pelo réu, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

4. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito.

5. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

6. *Habeas corpus* concedido em parte, a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/3 (um terço) quanto as majorantes, ficando a pena estipulada, ao final, em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 17 de novembro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.500 - RJ (2009/0116910-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ANGELA THEREZA HAUSSMANN MOURA BRITO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JOÃO VÍTOR LIMA DE MELO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOÃO VÍTOR LIMA DE MELO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n.º 2009.050.00885).

Narra a impetração que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

O Tribunal *a quo*, em sede de apelação, manteve incólume a sentença condenatória.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que a causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal deve ser afastada, uma vez que a arma não foi apreendida e, conseqüentemente, não foi submetida a perícia para atestar sua potencialidade lesiva.

Sustenta que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência, na folha de antecedentes do paciente, de condenação sem trânsito em julgado, o que fere o princípio da presunção de inocência.

Invocando os enunciados n.º 718 e n.º 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, defende que o paciente faz jus a iniciar o cumprimento da pena imposta em regime semiaberto, uma vez que tecnicamente primário.

Salienta que a gravidade em abstrato do delito cometido não se presta a justificar a fixação do regime inicial mais severo.

Afirma que a pena foi aumentada em 2/5 tão somente em razão da existência de duas qualificadoras, sem qualquer motivação, motivo pelo qual resta configurado o constrangimento ilegal.

Requer, liminarmente, seja concedido ao paciente o direito de aguardar em regime semiaberto o julgamento do presente *writ*. No mérito, pretende a concessão da ordem para "diminuir a pena-base para o mínimo legal, afastar a incidência da qualificadora de emprego de arma, restando o aumento em um terço pela qualificadora de concurso de agentes, e alterar o regime inicial para o semiaberto" (fl. 22).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Às fls. 83/84, indeferi o pedido liminar.

Foram prestadas informações às fls. 92/93.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 117/120).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.500 - RJ (2009/0116910-5)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. (2) PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. (3) EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. (4) REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. (5) DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. (6) ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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

2. Hipótese em que o magistrado de primeiro grau e a Corte estadual assentaram a existência de prova suficiente a demonstrar a utilização da arma de fogo pelo réu, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

4. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito.

5. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

6. *Habeas corpus* concedido em parte, a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/3 (um terço) quanto as majorantes, ficando a pena estipulada, ao final, em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

São três as questões trazidas a deslinde: I) o afastamento da causa de aumento relativa ao uso da arma de fogo, II) a redução do percentual de aumento da pena em razão da presença das causas de aumento e III) a fixação de regime menos gravoso para o início de cumprimento de pena.

Eis o que foi dito na sentença prolatada, no que interessa (fls. 50/52):

(...)

As causas de aumento previstas nos incisos I e II do § 2.º do art. 157 do CP também restaram comprovadas, eis que os acusados agiram em unidade de desígnios e utilizaram arma de fogo para intimidar a vítima.

(...)

Não merece ser acolhida a tese da defesa de que não houve a apreensão da arma de fogo supostamente utilizada e portanto não incide a causa de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do CP. A utilização do instrumento lesivo ficou evidenciada pelas declarações da vítima no sentido de que o acusado Luiz Carlos apontou a arma de fogo em sua direção determinando que entregasse seus pertences.

(...)

Dosimetria da pena do acusado João Vitor: Atento aos ditames do art. 59 do CP, considerando que o acusado ostenta maus antecedentes, conforme FAC acostada aos autos, demonstrando que possui a personalidade desvirtuada voltada para a prática de crimes, fixo a pena-base em 04 anos e 06 meses de reclusão e 11 dias-multa. Considerando a presença da circunstância prevista no art. 65, I do CP, atenuo a pena, fixando-a em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa. Considerando a presença das causas de aumento de pena previstas nos incisos I e II do § 2.º do art. 157 do CP, aumento a pena em 2/5, fixando-a em definitivo em 05 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão e 14 dias-multa, a ser cumprida em regime fechado, na forma do art. 33, § 3.º do CP, diante dos maus antecedentes, do emprego de arma de fogo e concurso de agentes, afigurando-se o regime mais apropriado a situação do acusado.

(...)

O acórdão no Tribunal de origem restou assim sumariado (66/80):

(...)

Quanto à alegação de que a ausência de apreensão da arma impediria a aplicação da majorante prevista no inciso I do art. 157, § 2.º, do CP, conforme bem demonstrado pela d. Promotoria de Justiça às fls. 169, a 5.ª Turma do STJ assim decidiu:

(...)

Ressalte-se que o uso da arma de fogo, restou sobejamente demonstrado nos autos, conforme trecho acima destacado do depoimento da vítima, não havendo por que se excluir a majorante do artigo 157, § 2.º, I do CP.

Assim, a sentença vergastada aplicou em dose suficiente a majorante, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, também descarto a exclusão da majorante do artigo 157, § 2.º, I do CP, na pena imposta ao apelante.

Também não prospera a alegação de que houve excesso na dosimetria das causas especiais de aumento de pena, eis que o aumento de somente 1/3 adequa-se aos casos em que esteja presente apenas uma causa de aumento, o que não é a hipótese dos autos. Em resumo, na presente hipótese, o aumento pela fração de 2/5 não merece reparo.

(...)

I) O AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO USO DA ARMA DE FOGO.

Em relação a causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, convém tecer algumas considerações, por mim esposadas no julgamento do EREsp nº 961.863/RS, de relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi, em 13.12.2010.

O Direito Penal e Direito Processual Penal derivam de um tronco comum, sendo não muito remota a conquista da independência do segundo frente ao primeiro. Não são raros os problemas decorrentes da eficácia de novéis normas mistas, de que exemplo o art. 366 do Código de Processo Penal. Assim, comandos de direito material comparecem no Código de Processo Penal - como prescrição e extinção de punibilidade -, e regras de direito processual habitam no Código Penal - lembre que o tema ação penal dispõe de todo um capítulo na Parte Geral.

Por mais que perquiria, não consigo vislumbrar a questão posta em debate apenas sob o ângulo processual, atinente à prova do corpo de delito, para que se possa admitir o aumento de pena de que trata o art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

A respeito da noção de corpo de delito, é imperioso registrar a lição do inextinguível Rogério Lauria Tucci, em sua magnífica monografia sobre o tema:

Daí, à evidência, sua manifesta importância, a ser objetivada, de logo (e ainda que num relance, dado orientar-se nosso estudo, como é óbvio, a outro campo de trabalho, com o qual se relaciona intimamente), no Direito Penal material. E isto, por certo, em virtude de originar-se o conceito de *tipo delitivo* do tradicional *corpus delicti*, sua proclamada raiz histórica, no sentido primeiro da correspondência a toda *ação punível*, ou seja, ao *fato objetivo*. (*Do corpo de delito no Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 5-6.)

É claro, convenhamos, que o debate se avizinha ao Direito Processual Penal, mas com ele não se confunde. Faço um paralelo. Nos crimes contra a integridade física, não se tendo procedido à perícia após trinta dias, desaparecendo a incapacidade para as ocupações habituais, a questão da tipicidade (se lesão corporal grave ou leve) do comportamento deixa de ser penal para se tratar de matéria de fato? A meu sentir, não.

Na hipótese, penso que a tarefa da demonstração da ofensividade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrumento do crime jamais poderiam incumbir à Defesa, porque, em se tratando de prova penal, a defesa não tem qualquer ônus, nem mesmo de provar eventual excludente de crime. Ao contrário, cabe à acusação fazer a prova, indene de dúvida, acerca da existência material do fato, sua autoria e responsabilidade penal. A dúvida, no caso, favorece o acusado. E isto porque, para uma condenação, o juiz penal tem que ter a certeza moral acerca do acontecimento penal. À defesa não cabe fazer prova da certeza, mas se o juiz tiver a menor e tênue dúvida, não pode proferir um édito condenatório.

No crime de roubo majorado pelo uso da arma de fogo, não se está laborando com uma causa de justificação ou com uma eximente, que a Defesa traria como um contra-argumento, ou um álibi. Pelo contrário, foca-se em uma circunstância - majorante - cuja demonstração está a cargo da acusação.

Confira-se, a propósito do ônus da prova em matéria penal:

Antes porém de analisarmos o ônus da prova do Ministério Público, é necessário verificar se existe um prévio ônus de afirmar para o acusador.

Do ponto de vista do ônus da prova, é extremamente importante o ônus de afirmar. O ônus de afirmar é um antecedente lógico e cronológico do ônus da prova. Ao ônus de afirmar os fatos segue o ônus de comprová-los. Em consequência, somente há o ônus de provar os fatos que foram anteriormente afirmados.

(...)

Em suma, no campo penal, a atividade probatória do Ministério Público é regida por *ônus* e não por *deveres*. Ao Ministério Público incumbe o ônus da prova da culpa do acusado, além de qualquer dúvida razoável.

(...)

O fato imputado ao réu e que constitui o objeto do processo penal é um fato concreto, isto é, um acontecimento, um suceder histórico que se afirma ocorrido. Diversamente, o fato para fins de direito penal é uma abstração, um modelo, um tipo penal que prevê abstratamente uma conduta.

Estabelecida esta distinção entre o conceito processual de fato e a correspondente noção penalística, é importante destacar que, quando se faz alusão ao fato como objeto da prova, trata-se fato em sua acepção processual, isto é, de um concreto acontecimento que ocorreu no passado e que deverá ser demonstrado no processo. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 227-230 e 301-302.)

Sobre a natureza típica das circunstâncias do crime, dentre elas as causas de aumento de pena, confira-se o magistério do Professor de Direito Penal da USP David Teixeira de Azevedo:

As circunstâncias do crime são dotadas de tipicidade, constituindo modelos jurídico-penais. A sua estrutura típica não participa daquela do tipo incriminador, estando à volta do tipo principal como elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

típicos-satélites, a colorir o fato típico de maior ou menor ilicitude e/ou a transfundir ao agente maior ou menor culpa jurídico-penal. (*Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48.)

O mesmo doutrinador, relativamente às particularidades da causa de aumento em testilha, ensina:

Outro tanto sucede no delito de roubo. O aumento de pena de um terço até metade em decorrência do emprego de arma (art. 157, § 2.º, I, do Código Penal), do concurso de duas ou mais pessoas (art. 157, § 2.º, II), ou do fato de a vítima estar em serviço de transporte (art. 157, § 2.º, III) decorre da maior lesividade ao bem juridicamente tutelado (patrimônio e a integridade física e a liberdade da pessoa). Com a utilização da arma recrudescer-se o constrangimento e violência moral e física, o que sucede também com o concurso de duas ou mais pessoas. (*Op. cit*, p. 136.)

Reconhecido o caráter típico da majorante em questão, ressuma o caráter materialmente penal da *quaestio*, vinculada ao âmbito da tipicidade. Assim, cumpre ao Ministério Público, *in casu*, a demonstração da conformação do modelo do inciso I do parágrafo primeiro do art. 157 do Código Penal. Não se está a tratar, aqui, propriamente do corpo de delito, mas do instrumento do crime e a imprescindibilidade de sua apreensão/perícia, até para se submeter a imputação ao filtro do princípio constitucional da ofensividade.

Mesmo em relação ao exame de corpo de delito, confira-se a lição do Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Vicente Greco Filho, acerca dos cuidados que devem ser tomados para que possa ser viabilizada a sua escoreita substituição:

Para que a substituição do exame de corpo de delito pela prova testemunhal possa ocorrer validamente, porém, é preciso que o desaparecimento dos vestígios seja decorrente de causas *não*-imputáveis aos órgãos de persecução penal.

O exemplo clássico do corpo de delito indireto é o do homicídio com o corpo jogado ao mar, não sendo possível o exame necroscópico.

Se, porém, os vestígios desapareceram em virtude da inércia, inclusive a burocrática, dos órgãos policiais ou judiciais, a menor segurança da prova testemunha não pode ser carreada ao acusado. Assim, se a vítima de um furto com arrombamento, cansada de esperar a visita dos peritos, manda consertar a janela arrombada e, por ocasião do exame, não se constatarem mais vestígios, a prova testemunhal não pode suprir a falta da perícia. (*Manual de processo penal*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 222.)

Em igual sentido, confira-se a jurisprudência desta Casa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. ESCALADA. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO ROUBO COM CONCURSO DE AGENTES. IMPOSSIBILIDADE. CONSUMAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS*.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência.

II - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP (Precedentes).

III - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC).

IV - Se a r. sentença condenou o recorrido por furto tentado, não tendo sido interposto recurso pela acusação, não se pode mais discutir o momento consumativo do delito, sob pena de *reformatio in pejus* (Precedentes).

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido. (REsp 932.780/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2007, DJ 29/10/2007, p. 306.)

Portanto, somente quando, por razões alheias à vontade das autoridades, for absolutamente impossível proceder-se à perícia é que se promove o exame de corpo de delito indireto, ou, na sua falta, mediante prova testemunhal. Já no tocante à perícia no instrumento do crime, inexistente previsão normativa das referidas providências supletivas, o que torna mais difícil ainda aceitar um laudo indireto ou a avaliação de lesividade da arma pelo simples (e atécnico) olhar da vítima ou de testemunhas.

Neste passo, penso ser importante precisar qual é o bem jurídico objeto de tutela por meio da tipificação do roubo. Cuida-se de delito inserido no catálogo daqueles contra o patrimônio. Todavia, revela-se crime complexo, dado que contempla, ainda, a proteção da liberdade (mediante a elementar *grave ameaça*) e/ou da integridade física (com a inclusão do termo *violência*).

É de se concentrar, para os fins de deslinde do presente feito, na combinação da *subtração* com a *grave ameaça*. Esta última pode ser exercida de vários modos, como a utilização, *verbi gratia*, de formulações verbais, que incutem no sujeito passivo o receio de mal grave e futuro. Também é possível a utilização de gestual, pelo qual se vence a resistência do ofendido, que, resignado, entrega o objeto material.

Além da figura prevista no *caput*, o legislador serviu-se, para proteger de maneira mais efetiva os valores em questão, de um rol de majorantes no seio do parágrafo segundo do artigo 157 do Código Penal. Assim, caso o roubador empregue, por exemplo, um revólver, tem-se uma ameaça com maior poder vulnerante. Daí apenar-se de modo mais intenso, porquanto há claro risco para a integridade física da vítima, visto que o agente pode



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vir a concretizar o mal, caso a vítima não contribua para o sucesso delitivo.

Com este mesmo raciocínio, em atenção ao cânone constitucional da ofensividade, que esta colenda Terceira Seção revogou a Súmula n. 174, desta Corte. O fator preponderante que levou à alteração do norte jurisprudencial foi a modificação no critério, passou-se de um exame subjetivo para um objetivo. Então, em sintonia com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, imanente ao Direito Penal do fato, próprio do Estado Democrático de Direito, a tônica hermenêutica passou a recair sobre a afetação do bem jurídico. Assim, reconheceu-se que o emprego de arma de brinquedo não representava maior risco para a integridade física da vítima; tão só gerava temor nesta, ou seja, revelava apenas fato ensejador da elementar "grave ameaça".

Do mesmo modo, não se pode incrementar a pena de forma desconectada da tutela do bem jurídico ao se enfrentar a hipótese em exame. Pontue-se:

(a) Sem a apreensão, como seria possível dizer que a arma do paciente não era de brinquedo ou se encontrava desmuniada?

(b) Sem a perícia, como seria possível dizer que a arma do paciente não estava danificada?

Assim, por entender tratar-se o emprego de arma de fogo de circunstância objetiva, é imperiosa a prévia demonstração da indenidade do mecanismo lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e conseqüente elaboração do exame pericial.

Tal entendimento passou a prosperar no âmbito da Sexta Turma, a partir do seguinte caso:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE.

1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I, do § 2.º, do art. 157, do Código Penal, tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula n. 174, deste Sodalício.

2. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física.

3. Ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento.

4. Ordem concedida. (HC 59350/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2006, DJ 28/05/2007, p. 402.)

É certo que, em 2008, o Pretório Excelso, pela sua Primeira Turma, pronunciou-se de maneira diversa:

Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não é exigível que a arma seja periciada ou apreendida, desde que comprovado, por outros meios, que foi devidamente empregada para intimidar a vítima. Com base nessa orientação, a Turma, em conclusão de julgamento, indeferiu, por maioria, *habeas corpus* em que requerida a manutenção da pena imposta pelo tribunal de origem, ao argumento de que seriam indispensáveis a apreensão e a perícia da arma para aferição da mencionada causa de aumento. A impetração sustentava que, na situação dos autos, a potencialidade lesiva desse instrumento não teria sido atestada por outros elementos de prova – v. Informativo 500. Asseverou-se que o potencial lesivo integra a própria natureza do artefato e que, se por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em conta pelo magistrado na fixação da pena. Dessa forma, observou-se que, caso o acusado alegue o contrário ou sustente ausência de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar a vítima, será dele o ônus de provar tal evidência (CPP, art. 156). Ressaltou-se, ademais, que a arma, ainda que não tivesse o poder de disparar projéteis, poderia ser usada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. Por fim, aduziu-se que se exigir perícia para atestar a potencialidade lesiva do revólver empregado no delito de roubo teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecerem com elas, de modo que a aludida qualificadora dificilmente teria aplicação. Vencida a Min. Cármen Lúcia, relatora, que deferia o *writ* para anular o acórdão impugnado e restabelecer a condenação do paciente pelo crime de roubo, descrito no art. 157, *caput*, do CP, uma vez que, na espécie, não fora possível atestar, por outros meios de prova, a potencialidade lesiva do artefato. Precedente citado: HC 84032/SP (DJU de 30.4.2004).

HC 92871/SP, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 4.11.2008. (Informativo 527, 12 de novembro de 2008.)

O Pleno do Pretório Excelso abordou, então, a questão, nos autos do HC n.º 96.099/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, tendo aquela Corte, por maioria de votos, vencidos os eminentes Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, entendido que incide a aplicação da majorante, a despeito da arma não ter sido apreendida e periciada.

Eis o noticiado no Informativo n.º 536 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não se exige que a arma de fogo seja periciada ou apreendida, desde que, por outros meios de prova, reste demonstrado o seu potencial lesivo. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu *habeas corpus*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, impetrado contra decisão do STJ que entendera desnecessária a apreensão de arma de fogo e sua perícia para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo. No caso, a Defensoria Pública da União sustentava constrangimento ilegal, consistente na incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP – violência ou ameaça exercida com o emprego de arma de fogo –, sem que verificado o potencial lesivo do revólver. Assentou-se que, se por qualquer meio de prova – em especial pela palavra da vítima, como no caso, ou pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depoimento de testemunha presencial – ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena. Ressaltou-se que, 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 evidência, nos termos do art. 156 do CPP, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Aduziu-se não ser razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego ficar evidenciado por outros meios de prova, mormente quando esta desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece após a prática de delitos dessa natureza.

Enfatizou-se, ademais, que a arma de fogo, mesmo que, eventualmente, não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves contra vítimas inermes. Ressaltou-se, também, que a hipótese não guardaria nenhuma correspondência com o roubo perpetrado com o emprego de arma de brinquedo – exemplo frequentemente invocado pelos que defendem a necessidade de perícia para caracterização da forma qualificada do delito –, em que o tipo penal fica circunscrito àquele capitulado no caput do art. 157 do CP, porquanto a ameaça contra a vítima restringe-se apenas ao plano psicológico, diante da impossibilidade de que lhe sobrevenha qualquer mal físico. Concluiu-se que exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, que concediam a ordem, para revogar a qualificadora mencionada, ao fundamento de que ela só poderia ser aplicada nos casos em que demonstrada a lesividade potencial da arma, porque a intimidação, a violência e a grave ameaça já fazem parte do tipo penal. Afirmavam que, em caso de dúvida, como na espécie, por não se saber se a arma tinha ou não real capacidade ofensiva, a presunção não poderia correr contra o réu, seja por força do princípio do *favor rei*, seja em razão do princípio do ônus da prova que, em matéria penal, recai sempre sobre a acusação. A Min. Cármen Lúcia, não obstante reconhecendo ser elementar do tipo a existência de um instrumento que possa de alguma forma constituir a gravidade que se contém nesse tipo penal, acompanhou o relator, neste caso, por reputar comprovada a lesividade do revólver, por outros meios de prova, independentemente da perícia. (HC nº 96.099/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 19.2.2009.)

O mencionado aresto restou assim ementado:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.º 96099/RS, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 19/02/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009.)

E, mais recentemente, a Segunda Turma do Pretório Excelso curvou-se ao posicionamento do Plenário, com a ressalva de entendimento contrário dos eminentes Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, nos seguintes moldes:

É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo para caracterizar a majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se por outros meios for comprovado seu emprego na prática criminosa. A 2ª Turma, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da colegialidade, e para evitar decisões díspares entre as Turmas, deliberou acompanhar essa orientação, formalizada pelo Plenário no julgamento do HC 96099/RS (DJe de 5.6.2009) e, em consequência, indeferiu habeas corpus em que sustentada a necessidade de apreensão e perícia de arma de fogo para fins de verificação da sua potencialidade lesiva e conseqüente incidência da referida causa de aumento. Consignou-se que tal entendimento já vinha sendo adotado pela 1ª Turma e que a 2ª Turma teria, em casos análogos, sufragado tese em sentido diametralmente oposto após a prolação do citado paradigma. Os Ministros Gilmar Mendes, relator, e Celso de Mello ressalvaram sua convicção pessoal. HC 103046/RJ e HC 104984/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.10.2010. (Informativo do STF n. 605.)

Com amparo em todo o exposto, é de ser ver que a temática em foco não se resume a um plano meramente fático, mas, tem contornos jurídico-penais, iluminados pela tipicidade, que deve ser pautada, numa perspectiva incriminatória, pela afetação de bens jurídicos.

Na atual quadra de desenvolvimento do Direito Penal, é fundamental ter sempre em mira a proteção de um bem jurídico, cuja tutela é prestigiada pelo respeito ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio da ofensividade, cânone magistralmente sintetizado por Alberto Silva Franco da seguinte maneira:

Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

O princípio também denominado princípio da ofensividade ou da lesividade centra-se na ideia de que o controle social penal só deve intervir quando ocorrer lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos concretos. "Bens jurídicos, em definitivo, são os pressupostos existenciais que a pessoa necessita para sua auto-realização na vida social. Uns têm natureza estritamente individual (vida, integridade, liberdade, honra, etc.), outros, comunitária (saúde pública, segurança do tráfico etc.), mas também esses últimos interessam ao indivíduo, já que a convivência pacífica, assegurada por uma ordem social adequada, é o único marco viável para sua própria auto-realização (Antonio García-Pablos de Molina. Idem, p. 540).

Não cabe, portanto, acionar o instrumento estatal de controle se o comportamento, ativo ou omissivo, de alguém não possuir nenhum laivo de lesividade. "Proibir por proibir, carece de sentido e legitimação" (Antonio García-Pablos de Molina. Idem, p. 540). Analisando, sob essa ótica, o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, no Estado Democrático de Direito, constitui uma clara limitação ao poder punitivo desse Estado na medida em que circunscreve a atuação do mecanismo repressor à tutela de bens jurídicos relevantes, de natureza coletiva ou individual, e aos ataques mais graves a esses bens. (*Código penal e sua interpretação*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 47.)

Não se pode admitir a intervenção do Direito Penal com amparo em suposições ou ilações. Não. O emprego do instrumento repressivo depende de uma aferição *ex ante* de relevância e, tal "cláusula de barreira" é justamente o princípio da ofensividade, que, satisfeito, admite o reconhecimento da tipicidade material.

Em conclusão, entendo imprescindível, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, que a arma de fogo seja apreendida e periciada, atestando-se sua capacidade lesiva.

Ressalto, todavia, que a matéria foi objeto de deliberação pela Terceira Seção desta Corte, a quem compete uniformizar a jurisprudência em matéria penal, na sessão do dia 13.12.2010, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, de relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi. Em tal ocasião, fiquei vencida no ponto, prevalecendo a compreensão de ser prescindível a apreensão e perícia da arma para a incidência da majorante, impondo-se a verificação, caso a caso, da existência de outras provas que atestem a utilização do instrumento.

Dessarte, em respeito à própria missão desta Corte Superior de Justiça de assegurar a uniformidade na interpretação das normas infraconstitucionais, acato o entendimento firmado pela egrégia Terceira Seção, embora ressalvando meu ponto de vista, e passo à análise do caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme assentou o magistrado de primeiro grau, está confirmado o emprego da majorante pela prova testemunhal coligida.

O Tribunal de origem, por sua vez, conclui no mesmo sentido.

Desse modo, em conformidade com o acordado no EREsp n.º 961.863/RS, resta superada a necessidade, ou não, de apreensão e perícia da arma para a incidência do art. 157, § 2º, II, do Código Penal. Inexistindo, portanto, qualquer constrangimento ilegal a ser reconhecido, nesse ponto.

II) A REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE AUMENTO DA PENA EM RAZÃO DA PRESENÇA DAS CAUSAS DE AUMENTO.

Relativamente às causas de aumento, na terceira fase da dosimetria, houve a exasperação da pena acima do mínimo legal (um terço) apenas em razão da presença de duas causas de aumento.

Este Superior Tribunal vem reiteradamente decidindo que, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM 3/8 EM RAZÃO DO NÚMERO DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉUS PRIMÁRIOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVE DO QUE O LEGALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 33, §§ 2º E 3º, E 59 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em se tratando de roubo qualificado por mais de uma circunstância, para a adoção de aumento acima do mínimo legal, faz-se necessária a demonstração de sua necessidade, que não decorre abstratamente do número daquelas causas.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que o previsto para a sanção corporal aplicada, não servindo como justificativa tratar-se de crime de roubo, cuja natureza e gravidade recomendariam sua adoção. Ademais, o regime menos gravoso já foi concedido ao co-réu por esta Turma, no julgamento do HC 23.182/SP.

3. *Habeas corpus* concedido para aumentar a sanção de um terço em razão das causas de aumento, estabelecendo a pena dos pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão, a serem descontados no regime semi-aberto. (HC n.º 34.573/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ 5/12/2005.)

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. EXASPERAÇÃO. CAUSAS DE AUMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A presença de duas causas de aumento de pena no crime de roubo não gera automaticamente a majoração da pena acima do mínimo previsto no artigo 157, § 2º, do CP, necessitando de concreta fundamentação.

2. Ordem concedida de ofício para reduzir o índice de aumento da pena-base para 1/3 (um terço). (HC n.º 43.423/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 13/3/2006.)

HABEAS CORPUS. ROUBO. INCIDÊNCIA DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA PARA A MAJORAÇÃO DA PENA EM MAIS DE 1/3. MERA MENÇÃO ÀS TRÊS MAJORANTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE DO CRIME E PERICULOSIDADE DO AGENTE. IMPROPRIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME SEMI-ABERTO. NOVA SENTENÇA DEVE SER PROFERIDA COM ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A presença de três causas de aumento pode ensejar a majoração da reprimenda além de 1/3, devido ao maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, contudo, tal orientação não implica em dizer que a simples presença de tais circunstâncias, isoladamente, justifica a exasperação da pena acima do mínimo previsto, em virtude da necessidade de devida fundamentação.

2. O critério para a majoração da pena não é a quantidade de causas de aumento incidentes na espécie, mas circunstâncias relacionadas ao caso, sendo que, na hipótese, verifica-se a falta de qualquer dado concreto na sentença sobre o *quantum* a ser majorado, devendo ela ser reformada e uma nova decisão ser proferida com adequada fundamentação.

3. Não obstante reconhecer-se a existência de certa discricionariedade, pelo Julgador, na fixação do regime mais rigoroso, quando existirem motivos de fato e de direito a recomendarem tal providência, necessária se faz a pertinente fundamentação em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal, o que não se vislumbra no presente caso.

4. Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime diverso do estabelecido, pois primário e sem antecedentes, não cabe a imposição de regime mais gravoso com base em fundamentação referente à gravidade do crime e à sua alegada periculosidade, sem amparo em circunstância fática que justifique tal medida.

5. Resta evidenciada a ocorrência de constrangimento ilegal, ante a efetiva ausência de embasamento legal para a majoração da pena em mais de 1/3, bem como no tocante ao regime prisional indevidamente imposto, o que autoriza o devido saneamento via *habeas corpus*.

6. Ordem concedida para reformar a sentença condenatória, e o acórdão que a confirmou, a fim de que nova decisão seja proferida com adequada fundamentação no tocante ao índice de aumento relativo às três qualificadoras do crime de roubo, mantendo-se a condenação, bem como para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente. (HC n.º 72.359/SP, Rel. Desembargadora. Convocada JANE SILVA, DJ 15/10/2007.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme assinalado anteriormente, o Juízo de primeiro grau exasperou a pena acima do mínimo legal sem qualquer motivação concreta, razão pela qual a ordem deve ser concedida para que a reprimenda imposta ao paciente seja majorada, na terceira fase, em apenas um terço.

Ressalte-se que a matéria encontra-se sumulada por esta Corte, em seu enunciado n.º 443, *verbis*:

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.

Dessarte, passo a fixação da pena. Conservo a pena-base aplicada, 4 (quatro) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa. Com a fixação da causa de aumento em 1/3 (um terço), fica a sanção estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa.

III) A FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA.

No terceiro tema trazida a exame, relacionado à fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta, verifica-se a existência de constrangimento ilegal, pois o regime mais gravoso foi estabelecido tão-somente em face da gravidade abstrata do delito, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, diante da atenuante do art. 65, inc. I, do CP.

Já foi decidido inúmeras vezes por esta Corte que tal circunstância não é idônea a legitimar a fixação de regime prisional mais rigoroso do que o permitido por lei. Ademais, causa espécie fixar-se a pena-base no mínimo legal e, posteriormente, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Confirmam-se, a propósito, acórdãos proferidos pela Sexta e Quinta Turmas desta Corte:

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉ PRIMÁRIA. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO QUE NÃO AUTORIZA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE O CABÍVEL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE NÃO DENOTAM MAIOR GRAVIDADE OU A PERICULOSIDADE DA PACIENTE. ASPECTOS PRÓPRIOS AO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. Não obstante a existência de certa discricionariedade, pelo Julgador, na fixação do regime mais rigoroso, se faz necessária a pertinente fundamentação em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

II. A gravidade do ilícito e a periculosidade da agente, razões invocadas pelo magistrado singular ao impor o regime mais gravoso, não foram evidenciadas nos autos, já que a dinâmica do crime em nada difere das circunstâncias normais do delito de roubo duplamente qualificado.

III. Juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado à paciente que não constitui fundamentação idônea a permitir a fixação de regime mais gravoso para o desconto da reprimenda, se desvinculados de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa (Súmula/STJ nº 440).

IV. Tratando-se de ré primária, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, resta evidenciada a impossibilidade de fixação do regime semiaberto.

V. Deve ser concedida a ordem para confirmar a liminar anteriormente deferida, determinando que a paciente inicie o desconto da pena em regime semiaberto, bem como para determinar que o Juízo da Vara de Execuções Criminais proceda a análise dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a progressão da ré ao regime aberto.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 163.138/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 09/03/2011)

HABEAS CORPUS. REGIME INICIAL FECHADO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REPRIMENDA FINAL ESTABELECIDADA EM 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO. ARTIGO 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719/STF E 440/STJ. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 33, § 2º, b, do CP, estabelece que o condenado à pena superior a 4 anos e que não exceda a 8, poderá iniciar o cumprimento da sanção no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do sistema carcerário mais gravoso com base unicamente em assertivas genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado.

3. Cumpre destacar que, recentemente, este Tribunal Superior sumulou o referido entendimento no verbete n. 440: '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'.

4. Na espécie, o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, o qual foi fixado com base apenas na gravidade abstrata do delito.

5. Ordem concedida para estabelecer, a teor do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal, o modo inicial semiaberto ao paciente para o resgate da reprimenda.

(HC 176.038/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 01/02/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. SENTENÇA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENATÓRIA. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. NECESSIDADE DE ANÁLISE E VALORAÇÃO DE PROVA. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. REGIME INICIAL MAIS SEVERO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO FUNDAMENTADA APENAS NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. SÚMULA 718/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Alegações de fragilidade do conjunto probatório coligido em desfavor do paciente demandam, inexoravelmente, apreciação e valoração de matéria fático-probatória, vedadas nesta via. Precedentes.

2. Nos termos da Súmula 718/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'.

3. Na hipótese, a fixação pelo Tribunal *a quo* do regime inicial fechado pela prática do crime de roubo na forma tentada, com base apenas na gravidade genérica do delito, constitui constrangimento ilegal, por inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do referido diploma legal.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, a aplicação de regime prisional mais gravoso para o início do cumprimento da reprimenda atenta contra o art. 33, § 3º, do referido diploma legal.

5. Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda. (HC 55.808/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23.05.2006, DJ 19.06.2006 p. 172.)

PENAL E PROCESSUAL. ROUBO QUALIFICADO. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. RÉU PRIMÁRIO. BONS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME DE CUMPRIMENTO MODIFICADO PARA O SEMI-ABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar, além da quantidade da pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c/c art. 59 do CP), sendo vedado, em regra, avaliar apenas a gravidade abstrata do crime.

Afirmadas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, incabível a imposição de regime inicial fechado, quando a lei permite regime mais benéfico, sem fundamentação objetivamente motivada.

A gravidade do crime de roubo, em si mesma, não é capaz de determinar a imposição do regime inicial fechado, posto que ínsita ao tipo penal.

'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.' (Súmula 719 do STF)

Ordem CONCEDIDA para estabelecer o regime semi-aberto. (HC 52.535/RJ, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 17.08.2006, DJ 25.09.2006 p. 314.)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sumulado nos enunciados 718 e 719:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Enunciado n.º 718: 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.

Enunciado n.º 719: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse mesmo sentido, confira-se o teor da Súmula n.º 440 deste 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.

À vista de tudo exposto, **concedo em parte a ordem** a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/3 (um terço) a causa de aumento, ficando a pena estipulada, ao final, em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0116910-5

HC 139.500 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080040221021 200905000885

EM MESA

JULGADO: 17/11/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANGELA THEREZA HAUSSMANN MOURA BRITO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JOÃO VÍTOR LIMA DE MELO

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.