

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 92.221 - SP (2007/0238178-5)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FRANCISCO EMERSON MOUZINHO DE LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MÁRCIO AUGUSTO DA SILVA
PACIENTE : ANDRÉ ALVES BARBOSA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO IMPRÓPRIO. CONCURSO DE AGENTES. USO DE ARMA (FACA). NEGATIVA DE AUTORIA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO QUALIFICADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. DELITO CONSUMADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS), PARA AMBOS OS PACIENTES E AUMENTADA DE 3/8 APENAS PELA DUPLICIDADE DE CAUSAS DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO CONCRETA. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PRIMEIRO PACIENTE REINCENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SEGUNDO PACIENTE PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME MAIS GRAVOSO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS 718 E 719/STF. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA REDIMENSIONAR AS PENAS DOS PACIENTES.

1. O Habeas Corpus não é o meio adequado para rever a condenação dos pacientes, dada a necessidade de dilação probatória incompatível com o rito célere do mandamus.

2. Segundo pacífica jurisprudência desta Corte, analisar a pretensão relativa à desclassificação do delito de roubo impróprio para furto, ao argumento de insuficiência de provas quanto à grave ameaça, implica exame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, inviável em sede de Habeas Corpus. (HC 79.809/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 22.09.08).

3. O delito previsto no art. 157, § 1º, do Código Penal, consuma-se no momento em que a violência é empregada, uma vez que esta é posterior à subtração da coisa, de modo que não se há que falar em tentativa. Precedentes desta Corte e do STF.

4. Segundo iterativa jurisprudência desta Corte, a presença de mais de uma circunstância de aumento de pena no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu no caso concreto, motivo pelo qual a exasperação da reprimenda deve ser reduzida para 1/3.

Superior Tribunal de Justiça

5. As doudas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF). Ressalva do entendimento pessoal do Relator.

6. O réu reincidente e condenado a pena superior a 4 anos deve iniciar o seu cumprimento em regime inicial fechado.

7. Parecer do MPF pela concessão da ordem, com a desclassificação do crime para furto qualificado.

8. Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para o fim de redimensionar a pena dos pacientes e o regime prisional, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 09 de dezembro de 2008(Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 92.221 - SP (2007/0238178-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FRANCISCO EMERSON MOUZINHO DE LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MÁRCIO AUGUSTO DA SILVA
PACIENTE : ANDRÉ ALVES BARBOSA

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MÁRCIO AUGUSTO DA SILVA e ANDRÉ ALVES BARBOSA, apontando-se como autoridade coatora o egrégio TJSP.

2. Depreende-se dos autos que os pacientes foram denunciados por roubo impróprio em concurso de agentes e com emprego de arma (art. 157, § 1o. e 2o., I e II do CPB). Em 09.03.05, sobreveio sentença que desclassificou a conduta para tentativa de furto qualificado pelo concurso de agentes (art. 155, § 4o., IV c/c o art. 14, II, todos do CPB). A pena do primeiro paciente foi fixada em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, dada a sua reincidência, e a do segundo em 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto.

3. Apreciando os recursos de Apelação do Ministério Público e do réu MÁRCIO, o Tribunal Paulista negou provimento ao Apelo defensivo e deu provimento ao reclamo ministerial, para condenar os réus por roubo impróprio, estabelecendo em 6 anos, 10 meses e 15 dias a pena do réu MÁRCIO e em 5 anos e 6 meses de reclusão a do co-réu ANDRÉ, a serem cumpridas em regime inicial fechado.

4. Alega-se, na impetração: (a) ausência de fundamentação da decisão proferida pelo Tribunal Estadual para a condenação; (b) ausência de fundamentação para a condenação por roubo, pois a vítima, embora tenha afirmado, na fase policial, que teria sido ameaçada por uma faca, não ratificou a afirmação em juízo; (c) necessidade de desclassificação da conduta de roubo para furto, na modalidade tentada, porquanto não teria havido a posse manda e pacífica da *res* furtiva; (d) ilegalidade na imposição do regime fechado, em razão das circunstâncias judiciais favoráveis; (e) ausência de especificação, na dosimetria da pena, de que forma cada

Superior Tribunal de Justiça

co-réu teria concorrido para a prática do crime; (h) ilegalidade na fixação da pena, relativamente ao paciente Márcio, pelo aumento da pena em 1/4 pela reincidência e em 3/8 pela presença de duas qualificadoras; (i) ilegalidade na fixação da pena do paciente André, em face do reconhecimento de duas qualificadoras, porque não teria havido o emprego de arma e, ainda, por não terem sido consideradas as atenuantes da primariedade e dos bons antecedentes e a diminuição decorrente da tentativa.

5. Indeferido o pedido de liminar (fls. 174) e prestadas as informações solicitadas (fls. 181/327), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República FRANCISCO DIAS TEIXEIRA, manifestou-se pela parcial concessão da ordem, com o reconhecimento da ocorrência do crime de furto qualificado, baixando-se os autos ao Tribunal de origem para adequar a pena, bem como o regime de seu cumprimento (fls. 329/338).

6. Era o que havia de relevante para relatar.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 92.221 - SP (2007/0238178-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : FRANCISCO EMERSON MOUZINHO DE LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MÁRCIO AUGUSTO DA SILVA
PACIENTE : ANDRÉ ALVES BARBOSA

VOTO

HABEAS CORPUS. ROUBO IMPRÓPRIO. CONCURSO DE AGENTES. USO DE ARMA (FACA). NEGATIVA DE AUTORIA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO QUALIFICADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. DELITO CONSUMADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS), PARA AMBOS OS PACIENTES E AUMENTADA DE 3/8 APENAS PELA DUPLICIDADE DE CAUSAS DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO CONCRETA. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PRIMEIRO PACIENTE REINCIDENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SEGUNDO PACIENTE PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME MAIS GRAVOSO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS 718 E 719/STF. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA REDIMENSIONAR AS PENAS DOS PACIENTES .

1. O Habeas Corpus não é o meio adequado para rever a condenação dos pacientes, dada a necessidade de dilação probatória incompatível com o rito célere do mandamus.

2. Segundo pacífica jurisprudência desta Corte, analisar a pretensão relativa à desclassificação do delito de roubo impróprio para furto, ao argumento de insuficiência de provas quanto à grave ameaça, implica exame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, inviável em sede de Habeas Corpus. (HC 79.809/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 22.09.08).

3. O delito previsto no art. 157, § 1º, do Código Penal, consuma-se no momento em que a violência é empregada, uma vez que esta é posterior à subtração da coisa, de modo que não se há que falar em tentativa. Precedentes desta Corte e do STF.

Superior Tribunal de Justiça

4. Segundo iterativa jurisprudência desta Corte, a presença de mais de uma circunstância de aumento de pena no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu no caso concreto, motivo pelo qual a exasperação da reprimenda deve ser reduzida para 1/3.

5. As duntas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF). Ressalva do entendimento pessoal do Relator.

6. O réu reincidente e condenado a pena superior a 4 anos deve iniciar o seu cumprimento em regime inicial fechado.

7. Parecer do MPF pela concessão da ordem, com a desclassificação do crime para furto qualificado.

8. Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para o fim de redimensionar a pena dos pacientes e o regime prisional, nos termos do voto do Relator.

1. Afasta-se, desde logo, a tese defensiva de ausência de prova para a condenação, bem como a de existência de mera tentativa, porquanto as provas amealhadas durante a instrução criminal bem demonstraram a autoria delitiva e foram suficientes para afastar a modalidade tentada do delito.

2. Nesse ponto, tanto a sentença como o acórdão impugnado realçaram a existência de prova para a condenação dos acusados. Confira-se, a propósito, o voto condutor do aresto a quo, no que interessa:

Os apelantes foram processados porque, segundo consta da denúncia, no dia 06 de janeiro de 2004, por volta das 00:40 horas, na Avenida Santos Dumont, esquina com a Avenida Gal. Pedro Leon Schneider, nesta Capital, agindo em concurso e identidade de propósitos, cada qual ajustado ao comportamento do outro, mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma (uma faca) subtraíram, para eles, coisa

Superior Tribunal de Justiça

alheia móvel, consistente em um aparelho de som, da marca Toshiba, avaliado em R\$ 300,00, pertencente à vítima Antônio Gilson da Silveira Lopes (fls. 02/04) .

Provada a materialidade delitiva pelo auto de prisão em flagrante (fls. 06/10), boletim de ocorrência de autoria conhecida (fls. 12/14), auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 15/16) e laudo pericial (fls. 121/123).

Em Juízo MÁRCIO negou os fatos narrados na denúncia, dizendo que andava pela rua na companhia do co-réu, estavam esperando um táxi quando foram abordados pelos policiais, que logo souberam que o depoente já possuía "passagem" pela polícia (fls. 87/88).

ANDRÉ declarou não serem verdadeiras as acusações descritas na inicial, ofertando a mesma versão do co-réu MÁRCIO (fls. 135/136).

A vítima declarou que na data da ocorrência, estava chegando em sua residência com alguns amigos quando se deparou com os réus, sendo que um deles carregava um aparelho de som, enquanto o outro colocou a mão na cintura como se estivesse armado. Disse que os dois saíram correndo pela via pública, enquanto o depoente com seus amigos pegaram um taxi para perseguidos e no caminho encontraram uma viatura policial que efetuou a prisão dos assaltantes. Antônio disse ainda que viu uma faca com cabo branco, bem como a apreensão da arma pelos policiais (fls. 138/139).

A palavra da vítima, em se tratando de delitos patrimoniais, assume especial relevância, de molde a preponderar sobre a negativa de autoria do réu, desde que, como na hipótese vertente, mostre-se firme, porquanto não é comportamento usual de quem sofreu um assalto incriminar alguém, sabendo ser tal pessoa inocente, na medida em que a vítima visa tão somente à punição do responsável pelo delito.

(...).

O policial Gilson Ferreira da Costa confirmou a versão da vítima, declarando que ao efetuar a abordagem dos criminosos, um deles estava na posse do aparelho de som, enquanto seu comparsa possuía uma faca na cintura, sendo certo que a vítima reconheceu os apelantes como autores da subtração (fls. 140/141).

A atuação do agente público revestiu-se de legalidade, ao menos pelo que se extrai dos autos, pois não há nenhuma demonstração concreta

Superior Tribunal de Justiça

de irregularidade ou argüição que tenha fundamento a ponto de mudar o panorama formado. As declarações compõem um quadro de consonância sobre as circunstâncias fáticas do ocorrido a integrar-se coerentemente ao restante do corpo probatório.

As palavras do policial são válidas a ensejar condenação criminal, excetuando-se as hipóteses em que sejam infirmadas pelo restante das provas, o que, a toda evidência, não é o caso destes autos.

A ilustre defesa não traz qualquer argumento convincente no sentido de que o policial tenha falseado a verdade com o desiderato de incriminá-los.

(...).

As testemunhas da defesa não presenciaram os fatos e limitaram-se a prestar depoimentos circunstanciais sobre a vida de ANDRÉ (fls. 178/180).

Dessa forma, mostrou-se correta a condenação dos réus, não subsistindo a insurgência de falta de provas.

Os robustos elementos de convicção colhidos nos processos não autorizam a absolvição postulada nas razões do reclamo defensivo.

Irrelevante as alegações da ilustre causídica informando que em Juízo a vítima não teve certeza no reconhecimento do réu, pois durante o flagrante apontou, sem sombra de dúvidas, os criminosos como sendo os autores do crime.

Também não merece prosperar as alegações defensivas de que os depoimentos foram contraditórios, pois pequenas discrepâncias são absolutamente normais. (fls. 317/321).

3. É pacífico o entendimento deste STJ de que a consumação do delito de roubo e de furto se dá quando o agente consegue retirar o bem da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que não haja posse tranqüila da res. A propósito:

CRIMINAL. HC. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE ROUBO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. DESNECESSIDADE DE QUE O BEM SAIA DA ESFERA DE VIGILÂNCIA DA VÍTIMA. REGIME PRISIONAL FECHADO.

Superior Tribunal de Justiça

GRAVIDADE DO CRIME. PERICULOSIDADE DO AGENTE. IMPROPRIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. DIREITO AO REGIME SEMI-ABERTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel subtraída clandestinamente, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes.

II. Para que o agente adquira o caráter de posse ou detenção, basta a cessação da clandestinidade ou violência, mesmo que a vítima venha a retornar o bem, via perseguição própria ou de terceiro. (...). (HC 68.654/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 12.03.07).

4. De qualquer forma, na linha de precedentes do STF e desta Corte, o delito previsto no art. 157, § 1º, do Código Penal, consuma-se no momento em que a violência é empregada, uma vez que esta é posterior à subtração da coisa, de modo que não se há que falar em tentativa (REsp. 1.025.162/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 10.11.08).

5. Segundo pacífica jurisprudência desta Corte, analisar a pretensão relativa à desclassificação do delito de roubo impróprio para furto, ao argumento de insuficiência de provas quanto à grave ameaça, implica exame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, inviável em sede de Habeas Corpus. (HC 79.809/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 22.09.08).

6. No tocante à majoração em 3/8, na terceira fase de aplicação da pena, em vista do reconhecimento de duas circunstâncias de aumento, esta Corte Superior firmou o entendimento de que o critério para a referida elevação não é matemático, mas subjetivo, e dependente das circunstâncias do caso concreto.

7. Dessa forma, por um lado, ainda que exista apenas uma causa de aumento (concurso de pessoas), o Magistrado pode aumentar a pena acima de 1/3, levando em consideração a expressiva quantidade de agentes (mais de 3, por exemplo). Por outro lado, a conjugação arma branca e concurso de pessoas pode

Superior Tribunal de Justiça

resultar na fixação do percentual mínimo, em virtude da menor lesividade do instrumento utilizado. Nesse sentido>

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO. REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA DUPLA QUALIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE QUANTO À SUA NECESSIDADE. CONFIGURADO O CONSTRANGIMENTO ILEGAL

(...).

4. A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, determinar que o Juiz a quo, prossiga e complemente, se for o caso, a fundamentação do aumento da pena em decorrência das qualificadoras, sob pena de aplicação no mínimo legal. (HC 71.099/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 6.8.07).

✧ ✧ ✧

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. VÍTIMAS DIFERENTES. CONCURSO FORMAL. RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DE PENA FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...).

2. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto,

constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal.

3. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma qualificadora, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação.

4. In casu, o juiz sentenciante não fundamentou o acréscimo da reprimenda em 3/8, motivo por que, o percentual de aumento da pena pelas qualificadoras previstas no art. 157, § 2º, I e II, dever ser fixado em apenas 1/3 (um terço).

(...).

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena dos pacientes para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, bem como para fixar o regime prisional semi-aberto como início do cumprimento da reprimenda. (HC 83.853/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 15.10.07).

8. Na hipótese em apreciação, o Tribunal Paulista assim se manifestou em relação à majoração decorrente da presença de duas causas especiais de aumento de pena:

Por todo o exposto, as penas dos réus devem ser fixadas no mínimo legal, sendo aplicada em relação ao réu MÁRCIO, a majoração de 1/4 pela reincidência (fl. 201), elevada ainda em 3/8 pela presença de duas qualificadoras, resultando para MÁRCIO a reprimenda de 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e o pagamento de 15 (quinze) dias-multa de valor unitário mínimo.

Em relação ao co-réu ANDRÉ a pena também deve ser fixada em sua base, acrescida de 3/8 em razão da qualificadoras, resultando em 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 13 (treze)

Superior Tribunal de Justiça

dias-multa de valor unitário mínimo.

O regime fechado é o mais adequado à espécie, tendo em vista a personalidade dos agentes, bem como a natureza e a gravidade dos crimes, nos termos do artigo 33, § 3o. do Código Penal. (fls. 322/323).

9. Como visto, aplicou-se o aumento de 3/8 na pena-base em razão, tão-só, da existência das duas causas de aumento de pena, quais sejam, concurso de agentes e emprego de arma. Não se registrou qualquer excepcionalidade para a majoração acima de um terço, não sendo, para tanto, suficiente a gravidade em abstrato do crime ou a mera constatação da existência de duas causas de aumento.

10. No que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena, ao meu sentir, *data venia* dos respeitáveis posicionamentos em contrário, o Magistrado não está vinculado, de forma absoluta, à pena-base aplicada ao crime, na medida da culpabilidade do agente, quando opera a fixação do regime inicial de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime diverso do aberto ou semi-aberto, segundo a sua avaliação criteriosa e fundamentada, com base nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB, salvo nos casos do art. 33, § 2o., alínea a do CPB [pena superior a 8 anos ou superior a 4, se reincidente o agente]. Entendo que o propósito da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis.

11. Entretanto, as doudas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF).

12. Sendo assim, atentando para a concepção de que o STJ é um Tribunal de precedentes, com a função de uniformizar a jurisprudência infraconstitucional, em face dessa orientação jurídica já consolidada, ressalvo, com o maior respeito, o meu ponto de vista pessoal, para acompanhar a jurisprudência já pacificada acerca da matéria.

13. Deve ser redimensionada a pena dos pacientes, bem como adequado o regime prisional, em vista das condições particulares de cada um deles.

Superior Tribunal de Justiça

Considerando serem favoráveis as circunstâncias judiciais, como atestaram as instâncias ordinárias, a pena-base, para ambos os acusados, deve ser fixada no mínimo legal - 4 anos.

14. Em razão da reincidência comprovada do réu MÁRCIO, aumenta-se a pena em 1/6, elevando-a em 1/3 em razão das duas causas de aumento, estabelecendo-a, em definitivo, em 6 anos, 2 meses e 20 dias, mais 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, em regime inicial fechado. Inviável a fixação do regime semi-aberto ao paciente, em razão da reincidência e do total concretizado da pena.

15. Em relação ao paciente ANDRÉ, soma-se à pena-base apenas a elevação em 1/3, em razão das duas causas de aumento, estabelecendo-se a sanção penal, em definitivo, em 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, em regime inicial semi-aberto.

16. Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, tão-só e apenas para o fim de redimensionar a pena dos pacientes e o regime prisional, nos termos da fundamentação supra.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2007/0238178-5

HC 92221 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10298923 50040006468 50046468 892004

EM MESA

JULGADO: 09/12/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA DO SOCORRO LEITE DE PAIVA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FRANCISCO EMERSON MOUZINHO DE LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MÁRCIO AUGUSTO DA SILVA
PACIENTE : ANDRÉ ALVES BARBOSA

ASSUNTO: Penal - Crimes contra o Patrimônio (art. 155 a 183) - Roubo (Art. 157) - Circunstanciado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA 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 Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de dezembro de 2008

LAURO ROCHA REIS
Secretário