



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.910 - SP (2011/0052099-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : STEVENS FABRÍCIO MOREIRA
ADVOGADO : STEVENS FABRÍCIO MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO VICTOR FEITOSA LIMA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS. **1.** APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. **2.** EXASPERAÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/5. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA 443/STJ. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. **3.** REGIME FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO NA MECÂNICA DELITIVA. **4.** DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NEGATIVA INFUNDADA. ILEGALIDADE. **5.** ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É firme a compreensão desta Corte Superior no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado por outros meios de prova a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.

2. Não se aplica, ao caso, o enunciado da Súmula nº 443 deste Tribunal, tendo em vista que a majoração da pena na fração de 2/5 foi motivada nas peculiaridades que cercaram a prática do crime.

3. Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor na resposta penal, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo e do concurso de pessoas, circunstâncias que evidenciam a acentuada periculosidade do paciente.

4. A expedição de mandado de prisão sem aduzir fundamentos concretos que justifiquem a necessidade da segregação cautelar do paciente, absolvido e solto em primeira instância, caracteriza constrangimento ilegal passível de correção na presente via, a fim de assegurar a liberdade do réu até o trânsito em julgado da condenação. Precedentes.

5. Habeas corpus parcialmente concedido para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.910 - SP (2011/0052099-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de João Victor Feitosa Lima, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos ter sido o paciente absolvido em primeiro grau da prática do delito de roubo, decisão da qual recorreu o Ministério Público. O Tribunal de origem, ao julgar o apelo ministerial, deu provimento ao recurso para condena-lo à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Daí o presente **habeas corpus**, em que sustenta o impetrante, inicialmente, constrangimento ilegal na negativa do direito de recorrer em liberdade, enfatizando que a Corte estadual não apresentou fundamentação concreta que justificasse a decretação da custódia cautelar, fazendo jus o paciente ao direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

Postula, ademais, a exclusão da causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, uma vez que o artefato não foi apreendido, tampouco periciado. Aduz, também, que a majoração na terceira fase do cálculo da pena se afastou do mínimo legal apenas em razão do número de causas de aumento, contrariando a Súmula nº 443 deste STJ.

Alega, por fim, que o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o semiaberto, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, salientando a impropriedade da fixação do regime fechado com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse passo, pleiteia o decote da causa de aumento do emprego de arma de fogo, a redução do patamar de exasperação decorrente das majorantes do roubo para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o mínimo legal de 1/3, bem como a imposição do regime semiaberto para início de desconto da pena, além do direito de recorrer em liberdade.

Liminar indeferida à fl. 175.

Prestadas informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 399/404), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.910 - SP (2011/0052099-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Conforme relatado, postula o impetrante o decote da causa de aumento do emprego de arma de fogo, a redução do patamar de exasperação decorrente das majorantes do roubo para o mínimo legal de 1/3, bem como a imposição do regime semiaberto para início de desconto da pena, além do direito de recorrer em liberdade.

Em relação ao pedido de afastamento da majorante relativa ao emprego da arma de fogo não apreendida, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, ocorrido em 13/12/2010, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.

Na hipótese, o emprego do artefato foi cabalmente atestado pelas próprias vítimas, consoante se depreende do acórdão condenatório (fl. 104), motivo pelo qual deve ser mantida a causa de aumento de pena em questão.

No que diz respeito à alegação de ilegalidade na majoração da pena na fração de 2/5, também não há qualquer constrangimento ilegal a ser sanado. Isso porque, ao contrário do afirmado pelo impetrante, a exasperação acima da fração mínima não se operou com base somente no número de causas de aumento, o que afrontaria o enunciado da Súmula nº 443 desta Corte, mas sim nas peculiaridades que cercaram o caso concreto, consoante se vê do seguinte trecho do acórdão condenatório (fl. 105):

Reconhecida a existência de três causas de aumento de pena (concurso de agentes, arma de fogo e restrição da liberdade das vítimas), faz-se necessária a majoração da pena-base na fração de 2/5 (dois quintos) acima do piso, não somente pela presença das aludidas majorantes, mas pelo modo de execução do roubo. Mais de três agentes, com agressividade contra as vítimas, conforme



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apurado, que permaneceram subjugadas por quase uma hora, gerando pânico e pavor. Fixo-a, portanto, em cinco anos, sete meses e seis dias de reclusão, mais o pagamento de quatorze dias-multa, para cada um dos roubos.

Note-se, portanto, que a adoção de patamar diverso do mínimo ficou motivada concretamente.

Em caso análogo, este Tribunal Superior assim decidiu:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO, NA TERCEIRA ETAPA, ACIMA DO PERCENTUAL MÍNIMO. ELEVADO NÚMERO DE AGENTES E ENVOLVIMENTO DE MENORES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Diz a Súmula 443/STJ que "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".

2. A raiz exegética desse enunciado reside no fato de que, em alguns julgados, a sanção é elevada acima do patamar mínimo – de 1/3 (um terço) – tão somente com base na pluralidade de majorantes.

3. Na hipótese presente, porém, ambas as instâncias apontaram justificativa idônea para fundamentar a opção de percentual diverso, quando aludiram à elevada quantidade de agentes e ao envolvimento de menores na trama criminoso (no total, quatro), circunstâncias que encerram maior reprovação.

(...)

*(HC 154.724/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 27/09/2010.)*

Quanto à alteração do regime prisional, também não há qualquer ilegalidade a ser corrigida.

A escolha pelo regime fechado não se justificou na gravidade abstrata do delito – como afirma o impetrante –, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor na resposta penal, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo para o cometimento da infração e restrição à liberdade das vítimas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, penso que não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade.

Não há dúvidas de que o crime praticado com emprego de arma de fogo expressa maior periculosidade social do agente e, embora tal fato não possa ser sopesado no exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, por constituir causa de aumento a ser analisada na 3ª fase de aplicação da pena, nada obsta o reconhecimento de que o roubo foi cometido em circunstância especial apta a exigir a imposição do regime fechado para o início de cumprimento da sanção corporal.

Dessa forma, se durante a fixação da pena a fração de exasperação é a mesma para o roubo praticado com arma branca e para o cometido com emprego de arma de fogo - aspecto quantitativo -, justamente no estabelecimento do regime prisional é que a diferenciação entre ambas as condutas deverá ser feita - aspecto qualitativo -, de forma que o enunciado de Súmula nº 440, desta Corte, que veda a imposição do regime fechado com base apenas na gravidade abstrata do crime, somente poderá ser aplicado quando o estabelecimento do regime menos rigoroso se mostrar suficiente para o caso e na hipótese da fixação da pena-base no mínimo legal refletir, de fato, uma menor reprovabilidade da conduta do agente.

Evidente, ainda, que o agente que se utiliza de arma de fogo para subtrair bens da vítima atua com ousadia e periculosidade extremadas, estando disposto a "matar ou morrer", o que torna a infração mais grave e reprovável, sendo certo que o regime fechado é o mais adequado para a reprovação da conduta.

Por fim, quanto à alegação de que o paciente faz jus ao recurso em liberdade, merece guarida a tese defensiva.

Chamo atenção, nesse ponto, para as peculiaridades do caso em apreço. É que o paciente foi absolvido em primeiro grau das imputações contra ele realizadas, por sentença proferida em 18 de janeiro de 2010, ocasião em que o magistrado determinou a expedição de alvará de soltura em seu favor. Posteriormente, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial, condenando-o pelo crime de roubo, determinou a expedição de ordem de prisão, o que se deu em 17 de fevereiro de 2011.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta o impetrante que tal ordem foi proferida sem a menor fundamentação, limitando-se a Corte local a dizer: "expeça-se mandado de prisão", sem apontar elementos concretos que levassem à necessidade da custódia cautelar do paciente.

Observo que o Tribunal **a quo**, ao dar provimento ao apelo ministerial, realmente determinou a prisão do paciente sem declinar qualquer fundamentação que evidenciasse a necessidade da medida extrema antes do trânsito em julgado da condenação (fl. 106), o que configura o alegado constrangimento ilegal, ainda mais levando em conta que ele já havia permanecido em liberdade durante mais de 1 ano, desde a emissão da sentença absolutória até o julgamento do recurso de apelação, sem que se tivesse notícia, nesse período, de qualquer circunstância que pudesse justificar a imposição da custódia cautelar.

Assim, inexistindo motivação apta a justificar a relativização do direito à liberdade, visto que o Tribunal de origem apenas se deteve a dizer "expeça-se mandado de prisão", imprescindível se faz a concessão da ordem nesse particular.

Vejam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

A - PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. RÉU QUE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO. PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 2. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. ADEQUAÇÃO TÍPICA DE SUBORDINAÇÃO MEDIATA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. WRIT. VIA IMPRÓPRIA. 3. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. A expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, decorrente do julgamento da apelação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

(...) (HC 123.748/SP, Relatora a Ministra MARIA THEREZA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ASSIS MOURA, DJe de 15/6/2011.)

B - HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PLEITO DE RETORNO DO AUTOS À ORIGEM PARA A ANÁLISE DO MÉRITO DO PEDIDO. PREJUDICIALIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. APRECIÇÃO DAS QUESTÕES ORA ARGUIDAS. TESE DE NULIDADE DO FEITO PELA FALTA DE INTIMAÇÃO DO PACIENTE PARA CONSTITUIR NOVO CAUSÍDICO. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ APRECIADO POR ESTA CORTE EM OUTRO **WRIT**. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA. NÃO-OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE CONSIDERAÇÃO INDEVIDA DE PROCESSO QUE RESULTOU NA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COMO REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE OUTRA CONDENAÇÃO VÁLIDA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. RÉU SOLTO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA O CÁRCERE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (...)

5. Tratando-se de réu solto, a determinação de expedição de mandado de prisão, sem fundamentação nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, antes do trânsito em julgado da condenação, caracteriza constrangimento ilegal. Precedente.

6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida parcialmente a ordem para suspender os efeitos do acórdão prolatado pela Corte a quo até o trânsito em julgado da condenação, determinando, por consequência, a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente, se por outro motivo não estiver preso. (HC 126.520/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 28/3/2011.)

À vista do exposto, concedo em parte o **habeas corpus** apenas para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0052099-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.910 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2472009 71679620098260602

EM MESA

JULGADO: 16/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : STEVENS FABRÍCIO MOREIRA
ADVOGADO : STEVENS FABRÍCIO MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO VICTOR FEITOSA LIMA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.