



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.809 - SP (2009/0020653-7)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : RAFAEL ROCHA PAIVA CRUZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RUBERLÂNDIO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HC. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA: 6 ANOS, 2 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE TENTADA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DISPENSÁVEL A POSSE MANSO E PACÍFICA PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO. NULIDADE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. DECISÃO PLENÁRIA DO COLENDO STF QUE ENTENDEU PELA REGULARIDADE DA CONVOCAÇÃO (HC 96.821/SP, JULGADO EM 08.04.10). IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E CONSEQÜENTE PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. REGIME INICIAL FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. *MODUS OPERANDI* DO DELITO. VIOLÊNCIA REAL CONTRA A VÍTIMA (DIVERSAS CORONHADAS). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. *HABEAS CORPUS* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DENEGADA A ORDEM.

1. O *Habeas Corpus* é inadequado para a análise da pretensão de desclassificação do roubo circunstanciado consumado para a modalidade tentada, uma vez necessário o revolvimento de fatos e provas, em contraposição ao rito célere e à exigência de prova pré-constituída que caracterizam a figura do *writ*. Precedentes. Por outro lado, é pacífico o entendimento nos Tribunais Superiores a respeito da dispensabilidade da posse mansa e pacífica para a consumação do delito de roubo, sendo suficiente a inversão da posse, tal como ocorreu no caso dos autos.

2. Outrossim, o Colendo Supremo Tribunal Federal (HC 96.821/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOVSKI, julgado em 08.04.10) reafirmou o entendimento daquela Corte no sentido da regularidade da convocação de Juízes de primeiro grau para aturarem em instâncias recursais complementares dos Tribunais Estaduais.

3. A impossibilidade de apreensão e conseqüente perícia da arma de fogo utilizada no roubo não afasta a incidência da causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. Precedentes do STJ e do STF.

4. A fixação do regime prisional não está atrelada de forma absoluta à quantidade da pena-base imposta, constituindo operação intelectual própria e autônoma (inteligência dos incisos I e III do art. 59 do CPB); o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime de início de cumprimento da sanção penal, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis (art. 59 e 33, § 3o. do CPB); ademais, o art. 59, III do CPB prevê expressamente que o regime prisional seja determinado pelo Juiz, após a fixação da pena (art. 59, I e II do CPB).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. O regime prisional inicial aplicável ao apenado pode, por hipótese, ser dissociado da quantidade de pena imposta, mas sempre se exigirá, nesses casos, que a decisão esteja cumpridamente fundamentada, para se evitar a sua nulidade; o automatismo do regime inicial de cumprimento da pena, como decorrência necessária do quantum da sanção, ofenderia o preceito da sua individualização, porquanto, no Direito Penal, não se admitem, em regra, conclusões lineares ou deslastreadas de justa fundamentação jurídica.

6. A gravidade *in concreto* do delito pode ser dimensionada pelo seu *modus operandi*, tal se dá com o crime praticado por quadrilha armada, por exemplo, ou com emprego de arma de fogo, como no caso dos autos, em que tal gravidade é manifesta, não se requerendo explanações extensas para se evidenciar o óbvio; in casu, além da referida arma, a empreitada delituosa foi cometida mediante agressões físicas consistentes em seguidas coronhadas na cabeça da vítima, sendo, ainda, o acusado reincidente específico, razão pela qual resta justificado o regime mais gravoso.

7. Parecer do MPF pela denegação do *writ*.

8. *Habeas Corpus* conhecido em parte e, nessa parte, denegada a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 19 de maio de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.809 - SP (2009/0020653-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : RAFAEL ROCHA PAIVA CRUZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RUBERLÂNDIO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado em favor de RUBERLÂNDIO DOS SANTOS, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação da defesa, mantendo íntegra a sentença que o condenou pela prática do crime previsto no art. 157, § 2o., I do CPB (roubo circunstanciado), à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 13 dias-multa.

2. No presente *writ*, alega o impetrante, em suma: (A) desclassificação para a modalidade tentada do delito, tendo em vista a inexistência de inversão da posse da *res furtivae*; (B) nulidade do acórdão proferido por Câmara composta, majoritariamente, por Juízes de primeiro grau convocados; (C) constrangimento ilegal no reconhecimento da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma sem sua apreensão e posterior perícia; e (D) ilegalidade do regime inicial mais gravoso, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis.

3. Indeferida a medida liminar (fls. 113) e prestadas as informações solicitadas (fls. 117/151), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República PAULO ROCHA CAMPOS, manifestou-se pela denegação do *writ*, em razão da inexistência de nulidade, bem como pela fundamentação concreta e pela jurisprudência pertinente ao tema (fls. 153/157).

4. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.809 - SP (2009/0020653-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : RAFAEL ROCHA PAIVA CRUZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RUBERLÂNDIO DOS SANTOS (PRESO)

VOTO

HC. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA: 6 ANOS, 2 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE TENTADA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DISPENSÁVEL A POSSE MANSO E PACÍFICA PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO. NULIDADE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. DECISÃO PLENÁRIA DO COLENDO STF QUE ENTENDEU PELA REGULARIDADE DA CONVOCAÇÃO (HC 96.821/SP, JULGADO EM 08.04.10). IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E CONSEQÜENTE PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. REGIME INICIAL FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MODUS OPERANDI DO DELITO. VIOLÊNCIA REAL CONTRA A VÍTIMA (DIVERSAS CORONHADAS). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DENEGADA A ORDEM.

1. O Habeas Corpus é inadequado para a análise da pretensão de desclassificação do roubo circunstanciado consumado para a modalidade tentada, uma vez necessário o revolvimento de fatos e provas, em contraposição ao rito célere e à exigência de prova pré-constituída que caracterizam a figura do writ. Precedentes. Por outro lado, é pacífico o entendimento nos Tribunais Superiores a respeito da dispensabilidade da posse mansa e pacífica para a consumação do delito de roubo, sendo suficiente a inversão da posse, tal como ocorreu no caso dos autos.

2. Outrossim, o Colendo Supremo Tribunal Federal (HC 96.821/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOVSKI, julgado em 08.04.10) reafirmou o entendimento daquela Corte no sentido da regularidade da convocação de Juízes de primeiro grau para aturarem em instâncias recursais complementares dos Tribunais Estaduais.

3. A impossibilidade de apreensão e conseqüente perícia da arma de fogo utilizada no roubo não afasta a incidência da causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. Precedentes do STJ e do STF.

4. *A fixação do regime prisional não está atrelada de forma absoluta à quantidade da pena-base imposta, constituindo operação intelectual própria e autônoma (inteligência dos incisos I e III do art. 59 do CPB); o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime de início de cumprimento da sanção penal, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis (art. 59 e 33, § 3o. do CPB); ademais, o art. 59, III do CPB prevê expressamente que o regime prisional seja determinado pelo Juiz, após a fixação da pena (art. 59, I e II do CPB).*

5. *O regime prisional inicial aplicável ao apenado pode, por hipótese, ser dissociado da quantidade de pena imposta, mas sempre se exigirá, nesses casos, que a decisão esteja cumpridamente fundamentada, para se evitar a sua nulidade; o automatismo do regime inicial de cumprimento da pena, como decorrência necessária do quantum da sanção, ofenderia o preceito da sua individualização, porquanto, no Direito Penal, não se admitem, em regra, conclusões lineares ou deslastreadas de justa fundamentação jurídica.*

6. *A gravidade in concreto do delito pode ser dimensionada pelo seu modus operandi, tal se dá com o crime praticado por quadrilha armada, por exemplo, ou com emprego de arma de fogo, como no caso dos autos, em que tal gravidade é manifesta, não se requerendo explanações extensas para se evidenciar o óbvio; in casu, além da referida arma, a empreitada delituosa foi cometida mediante agressões físicas consistentes em seguidas coronhadas na cabeça da vítima, sendo, ainda, o acusado reincidente específico, razão pela qual resta justificado o regime mais gravoso.*

7. *Parecer do MPF pela denegação do writ.*

8. *Habeas Corpus conhecido em parte e, nessa parte, denegada a ordem.*

1. Alega o impetrante, em suma: (A) desclassificação para a modalidade tentada do delito, tendo em vista a inexistência de inversão da posse da *res furtivae*; (B) nulidade do acórdão proferido por Câmara composta, majoritariamente, por Juízes de primeiro grau convocados; (C) constrangimento ilegal no reconhecimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma sem sua apreensão e posterior perícia; e (D) ilegalidade do regime inicial mais gravoso, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis.

2. *Ab initio*, destaca-se que o *Habeas Corpus* é inadequado para a análise da pretensão de desclassificação para a modalidade tentada do roubo circunstanciado, uma vez necessário o revolvimento de fatos e provas, em contraposição ao rito célere e à exigência de prova pré-constituída que caracterizam a figura do *writ*. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIOS TENTADOS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVAS DE ROUBO. EXAME DE PROVAS. ORDEM DENEGADA.

1. *O pedido formulado pelo paciente - cassar o v. acórdão e restabelecer a r. sentença que o condenara por duas tentativas de roubo - exige exame aprofundado do conjunto de provas e, como tal, ultrapassa os estreitos limites da presente ação.*

2. *Impetração não conhecida* (6a. Turma, HC 148.813/RJ, Rel. Min. CELSO LIMONGI [Desembargador convocado do TJSP], DJe 21.02.2011).

✧ ✧ ✧

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR DISPARO DE ARMA DE FOGO. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA, NO ENTANTO.

1. *A análise do pleito de absolvição ou desclassificação do delito implica exame aprofundado das provas, providência que refoge aos estreitos limites do Habeas Corpus. Precedente.*

2. *Parecer do MPF pela denegação do writ.* 3. *Ordem não conhecida, no entanto* (5a. Turma, HC 181.973/DF, de minha relatoria, DJe 14.02.2011).

3. Por outro lado, é preciso consignar o entendimento pacífico nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunais Superiores a respeito da dispensabilidade da posse mansa e pacífica para a consumação do delito de roubo, sendo suficiente a inversão da posse, tal como ocorreu no caso dos autos. Vejam-se os seguintes julgados:

DESNECESSIDADE. FORMA TENTADA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE EXAME DE FATOS E PROVAS. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. *A jurisprudência da Terceira Seção tem se orientado no sentido de que se considera consumado o crime de roubo com a simples inversão da posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessária que a mesma se dê de forma mansa e pacífica, bastando que cessem a clandestinidade e a violência.*

2. *Para reconhecer que o roubo deu-se na sua forma tentada, e não consumada, necessário o revolvimento de todo o elenco de fatos e provas coletados no curso da persecução criminal, providência incabível na via restrita do habeas corpus.*

(...).

3. *Ordem denegada (HC 144.545/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 09.03.2011).*

✧ ✧ ✧

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. POSSE TRANQUÍLA DA RES FURTIVA. DESNECESSIDADE PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO. FURTO QUALIFICADO. MERO ARREBATAMENTO NÃO VISLUMBRADO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. *Hipótese em que a perseguição do ora paciente teria durado cerca de quinze minutos, sendo que essa iniciou-se após um popular ter ouvido os gritos de socorro da vítima, tendo essa perdido o agente de vista, vez que a apreensão ocorreu a muitos metros do local da subtração.*

2. *É pacífica a compreensão desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o crime de roubo consuma-se com a simples detenção da res, ainda que por restrito espaço de tempo, não se exigindo a posse mansa e pacífica do bem (Precedentes).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...).

4. *Ordem denegada, nos termos do voto do Relator (5a. Turma, HC 159.728/RJ, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe 03.11.2010).*

✧ ✧ ✧

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUÍLA DA COISA SUBTRAÍDA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DO PRETÓRIO EXCELSO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. *No que se refere à consumação do crime de roubo, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal adotam a teoria da apprehensio, também denominada de amotio, segundo a qual considera-se consumado o mencionado delito no momento em que o agente obtém a posse da res furtiva, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.*

(...).

5. *Ordem denegada (5a. Turma, HC 158.888/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 11.10.2010).*

4. Outrossim, o Colendo Supremo Tribunal Federal (HC 96.821/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 08.04.10) reafirmou o entendimento daquela Corte no sentido da regularidade da convocação de Juízes de primeiro grau para atuarem em instâncias recursais complementares dos Tribunais Estaduais. Confira-se a notícia veiculada no Informativo de Jurisprudência 581/STF:

Composição de Órgão Colegiado: Juízes Convocados e Princípio do Juiz Natural

O Tribunal, por maioria, denegou habeas corpus, afetado ao Pleno pela 1a. Turma, em que se sustentava a nulidade do julgamento da apelação do paciente pela 11a. Câmara Criminal B do Tribunal de Justiça



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Estado de São Paulo, ao fundamento de ofensa ao princípio do juiz natural, já que, à exceção do desembargador que presidira a sessão, todos os demais membros do órgão eram juízes de primeiro grau convocados. Apontava-se, ainda, violação aos artigos 93, III, 94 e 98, I, da CF — v. Informativo 549. De início, o Tribunal, por maioria, rejeitou preliminar suscitada pelo Min. Marco Aurélio no sentido de que o julgamento fosse realizado com a composição integral, tendo em conta a importância da matéria de fundo. Considerou-se o fato de somente estarem ausentes da sessão dois Ministros, havendo quórum suficiente para a deliberação da matéria, e salientou-se a urgência em resolver a questão, haja vista recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça no sentido de anular decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em matéria criminal. Vencido o suscitante.

No mérito, entendeu-se não ocorrer, na hipótese, qualquer ofensa a regra ou princípio constitucional. Registrou-se que a convocação de juízes para atuar nos julgamentos levados a efeito na Corte paulista fora, originalmente, regulamentada pela Lei Complementar 646/90, que criou os cargos de magistrados substitutos e de segundo grau, diploma este reputado constitucional pelo Supremo. Fez-se menção, em seguida, à EC 45/2004 que, dentre outras inovações, teria assegurado a todos os jurisdicionados a duração razoável do processo, determinando a distribuição imediata dos feitos ajuizados em todos os foros e tribunais do país. Observou-se que, em relação especificamente a São Paulo, a EC 45/2004 teria determinado à Justiça bandeirante a unificação dos Tribunais de Alçada com o Tribunal de Justiça, impondo-lhe a tarefa de reorganizar administrativamente uma Corte enorme, de forma a manter, minimamente, a rapidez e eficiência da prestação jurisdicional. Considerou-se que tal determinação, além das dificuldades de reorganização, teria ocasionado outra consequência de relevante repercussão, qual seja, a imediata transferência de um imenso estoque de feitos criminais, antes dividido entre as duas Cortes. Mencionou-se que o Tribunal paulista teria cumprido essa determinação prontamente, ordenando, com base na Resolução 204/2005, a imediata distribuição de todos os feitos aos desembargadores e juízes substitutos de segundo grau. Além disso, para dar conta desse acervo de processos acumulados, teria criado câmaras extraordinárias, integradas, inicialmente, por juízes titulares da capital e, depois, por juízes titulares do interior, da mesma entrância, presididas por um desembargador, que também atuaria como vogal ou terceiro juiz, a partir de edital de convocação, publicado no diário oficial, após deliberação do Conselho Superior da Magistratura, com fundamento no art. 73, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo. Asseverou-se, ainda, que os juízes de primeiro grau, apesar da denominação de convocados, participariam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desses colegiados por meio de inscrição voluntária. Reconheceu-se que essa providência, por um lado, teria proporcionado uma significativa redução no número de feitos pendentes de decisão, evitando, por conseguinte, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, bem como teria acelerado o julgamento de grande número de presos detidos em caráter provisório. Por outro lado, no entanto, acarretara uma enxurrada de recursos e de habeas corpus perante o STJ e o STF, com o intuito de anular os arestos proferidos pelas câmaras extraordinárias.

Em seqüência, aduziu-se que o âmago do princípio do juiz natural (CF, art. 5o., XXVII e LIII) consistiria na estrita prevalência de um julgamento imparcial e isonômico para as partes, por meio de juízes togados, independentes e regularmente investidos em seus cargos. Afirmou-se que a hipótese dos autos não se afastaria dessas premissas, visto que o sistema de convocação de magistrados de primeiro grau na Justiça paulista seria uma resposta aos comandos emanados da EC 45/2004, tendo sido implantado nos termos da Lei Complementar estadual 646/90, dela se distinguindo apenas no aspecto de que a convocação dos magistrados de primeiro grau se daria mediante publicação de edital na imprensa oficial. Acrescentou-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo em nada teria inovado quanto a essa prática, tendo em vista que a Justiça Federal também dela faria uso, com base no art. 4o. da Lei 9.788/99 (Os Tribunais Regionais Federais poderão, em caráter excepcional e quando o acúmulo de serviço o exigir, convocar Juízes Federais ou Juízes Federais Substitutos, em número equivalente aos de Juízes de cada Tribunal, para auxiliar em Segundo Grau, nos termos de resolução a ser editada pelo Conselho da Justiça Federal), sem que nenhum de seus julgamentos tivesse sido anulado. Observou-se que a integração dos juízes de primeiro grau nas câmaras extraordinárias paulistas se daria de forma aleatória, sendo os recursos distribuídos livremente entre eles, e que as convocações seriam feitas por ato oficial, prévio e público, não havendo se falar em nomeação ad hoc. Assim, tais magistrados não constituiriam juízes de exceção. Sua convocação para atuar perante a segunda instância, ao contrário, seria resposta dada pelo Tribunal de Justiça paulista, diante da difícil conjuntura de sobrecarga de trabalho, para dar efetividade a um novo direito fundamental introduzido na Constituição a partir da EC 45/2004, ou seja, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5o., LXXVIII). Enfatizou-se não se poder esquecer, ainda, que os direitos e garantias fundamentais, a teor do que disposto no § 1o. do art. 5o. da CF, teriam aplicação imediata, não podendo ser outra a reação da Corte estadual que a de atender prontamente a esse comando constitucional. Além disso, esse novo direito fundamental teria íntima relação com outros princípios constitucionais, como o da dignidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

humana e da eficiência da Administração Pública, cujo cumprimento não poderia ser postergado.

Portanto, as medidas levadas a efeito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo não só teriam dado concreção às exigências postas pelos constituintes derivados, como também se amoldariam, perfeitamente, aos princípios e regras da Carta Magna, sobretudo porque respeitariam a imparcialidade e a independência dos magistrados que integrariam as câmaras extraordinárias, os quais, de resto, jamais teriam desbordado os lindes da competência jurisdicional da Corte. Ressaltou-se, inclusive, que o art. 96, I, a, da CF permite que os tribunais disponham sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, e que a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN (LC 35/79) admite, em seu art. 118, a convocação de juízes de primeiro grau para integrarem colegiados de segundo grau, em caráter excepcional e transitório, nas situações que explicita, sem que jamais se tivesse invocado, contra essa prática, o argumento de ofensa ao princípio do juiz natural. Por fim, consignou-se que se se pudesse entender, apenas *ad argumentandum tantum*, que o princípio do juiz natural tivesse sido de alguma forma malferido, haver-se-ia de se proceder a uma necessária ponderação de valores, contrastando o referido postulado com o da segurança jurídica. No ponto, explicou-se que se estaria a cogitar, ainda que indiretamente, de dezenas de milhares de decisões criminais, a maioria das quais já transitadas em julgado, que poderiam ser sumariamente anuladas, inclusive aquelas que concluíram pela absolvição dos réus, sendo que, nesse sopesamento de normas com densidade axiológica equivalente, haveria de prevalecer, no caso, o postulado da segurança jurídica. Vencido o Min. Marco Aurélio que concedia a ordem, assentando que o paciente se encontraria condenado sem observância da norma maior segundo a qual ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente, tendo em conta o julgamento de sua apelação por uma câmara que legalmente se mostrara inexistente. Reputava ter havido clonagem imprópria, visto que criadas, dentro do Tribunal paulista, câmaras suplementares, tendo sido convocados, para compô-las — em sobreposição, e não em substituição de ausentes ou para preenchimento de cadeira vaga, nos termos do art. 118 da LOMAN —, juízes que teriam passado a atuar não só na 1a. como também na 2a. instância (HC 96821/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 8.4.2010).

5. Quanto ao reconhecimento da causa especial de aumento de pena, verifica-se que o entendimento esposado pelo Tribunal *a quo* está em perfeita



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

harmonia com o desta Corte. É firme a orientação de que a impossibilidade de apreensão e a conseqüente perícia da arma de fogo utilizada no roubo não afasta sua incidência, quando a prova testemunhal é categórica sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa, tal como reconhecido pelo Magistrado de piso. A propósito:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. REINCIDÊNCIA. ART. 61, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA RECONHECIDA. NORMA DE APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA. APREENSÃO DA ARMA. PRESCINDIBILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO CRIME (ART. 157, § 2o., I, DO CÓDIGO PENAL). RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DE PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ATÉ METADE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(...).

2. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto à prescindibilidade da apreensão da arma para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo (art. 157, § 2o., I, do Código Penal), quando outros elementos comprovem sua utilização.*

(...).

6. *Recurso conhecido e provido para anular o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau (Resp. 846.576/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 12.03.07).*

6. O STF reafirmou esse entendimento, por ocasião do julgamento do HC 96.099/RS, também Relator o ilustre Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, cujo acórdão 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 empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (DJe 05.06.2009).

7. E, ainda, no mesmo sentido: HC 104.368/RS, Rel. Min. AYRES BRITO, DJe 03.09.2010, HC 100.187/MG, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 16.04.2010 e HC 96.861/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 14.10.2010.

8. Finalmente, em relação ao regime inicial estabelecido, ao meu sentir, *data venia* dos respeitáveis posicionamentos em contrário, o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera sua fixação, podendo impor regime que entende ser mais adequado, segundo a sua avaliação criteriosa e fundamentada. Para o estabelecimento da sanção penal (que compõe um conjunto composto pela quantidade, o tipo e a forma de cumprimento da pena) são realizadas operações intelectuais diversas, pois os propósitos de cada pedaço desse todo são distintos e inconfundíveis.

9. Da leitura dos arts. 59 e 33 do CPB ressaí que a fixação da pena envolve aspectos valorativos e quantitativos. O Juiz deve, atento às culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecer, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (i) as penas aplicáveis dentre as cominadas; (ii) a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos (segunda operação intelectual); (iii) o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (iv) a possibilidade de substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível.

10. Assim, é possível ao Juiz, desde que de forma motivada, ao realizar todas essas operações intelectuais e em consonância com o disposto no art. 33, § 2o. e 3o. do CPB, concluir que o réu merece uma pena mais curta, mas em regime mais severo, pois que isso servirá melhor ao propósito de reprovação e prevenção do crime. O que se requer é que a decisão que estabelece o regime prisional diverso daquele em tese cabível pela aplicação pura e simples da norma esteja adequadamente motivada.

11. A gravidade *in concreto* do delito pode ser dimensionada pelo seu *modus operandi*, tal se dá com o crime praticado por quadrilha armada, por exemplo, ou com emprego de arma de fogo, como no caso dos autos, em que tal gravidade é manifesta, não se requerendo explanações extensas para se evidenciar o óbvio; *in casu*, além da referida arma, a empreitada delituosa foi cometida mediante agressões físicas consistentes em seguidas coronhadas na cabeça da vítima, sendo, ainda o acusado reincidente específico, razão pela qual mostra plenamente justificado o regime mais gravoso.

12. Ante o exposto, conhece-se em parte do *Habeas Corpus* e, nessa parte, denega-se a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0020653-7

HC 127.809 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11471963 15742006 50060837470

EM MESA

JULGADO: 07/04/2011

Relator

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

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 : **RAFAEL ROCHA PAIVA CRUZ - DEFENSOR PÚBLICO**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **RUBERLÂNDIO DOS SANTOS (PRESO)**

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, denegou a ordem."

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0020653-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 127.809 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11471963 15742006 50060837470

EM MESA

JULGADO: 19/05/2011

Relator

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

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 : RAFAEL ROCHA PAIVA CRUZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RUBERLÂNDIO DOS SANTOS (PRESO)

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:

RETIFICAÇÃO DE PROCLAMAÇÃO DE RESULTADO DE JULGAMENTO:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

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