



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.155 - SP (2011/0291630-6)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : **AUGUSTO GUILHERME A. S. BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ELIAS MAGALHÃES DO NASCIMENTO**

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. **1.** APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA (FACA). PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DO ARTEFATO ATESTADO PELA PALAVRA DA VÍTIMA. **2.** AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS) COM BASE APENAS NO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 443 DO STJ. **3.** PACIENTE QUE APRESENTA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. **4.** ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No julgamento do EREsp nº 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, 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.

2. 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. Súmula 443 deste Tribunal.

3. Caso em que o paciente - condenado à pena superior a 4 anos de reclusão - com circunstâncias judiciais desfavoráveis, teve a pena-base fixada acima do mínimo legal, estando, portanto, perfeitamente justificada a imposição do regime fechado para o desconto da pena privativa de liberdade, a teor do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes.

4. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir a pena, relativa ao crime de roubo, imposta a Elias Magalhães do Nascimento, nos autos da Ação Penal nº 050.10.026279-1 (602/2010) da Vigésima Quinta Vara Criminal da comarca de São Paulo, fixando-a em 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 6 (dias) dias de reclusão.

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 Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).

Brasília (DF), 27 de março de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.155 - SP (2011/0291630-6)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Elias Magalhães do Nascimento, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2.º, incisos I e II, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal (fl. 71).

A defesa recorreu da sentença, pleiteando, em síntese, "a absolvição por insuficiência do conjunto probatório e subsidiariamente, a redução da reprimenda, afastamento das qualificadoras, reconhecimento do patamar máximo na tentativa ou mudança do regime prisional" (fl. 75).

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso interposto pela defesa, a fim de reduzir a pena-base e readequar a condenação do paciente para 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão. O acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 74):

APELAÇÃO - TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO COM EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES - ABSOLVIÇÃO - Impossibilidade: A palavra da vítima representa viga mestra da estrutura probatória e sua acusação firme e segura com apoio em outros elementos de convicção autoriza o édito condenatório.

EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES - AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS - PALAVRA FIRME DA VÍTIMA - Suficiência: O firme e detalhado relato da vítima, atestando o concurso com indivíduo não identificado e emprego de arma na conduta delituosa, é suficiente para a configuração da figura qualificada, sendo desnecessária a prisão do comparsa ou a apreensão do armamento.

REGIME PRISIONAL - MAUS ANTECEDENTES - MODALIDADE FECHADA - Cabimento: Demonstrada a personalidade deturpada do agente que ostenta maus antecedentes, cabível a fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modalidade mais severa.

*DOSIMETRIA - MAUS ANTECEDENTES - DUPLA
CONDENAÇÃO ANTERIOR - ELEVAÇÃO DA PENA-BASE EM
1/5 - Suficiência: A dupla condenação anterior permite a elevação da
pena-base, mostrando-se suficiente a fração de 1/5 (um quinto).
Recurso parcialmente provido, somente para redução das penas.*

No Superior Tribunal de Justiça, alega o impetrante que a arma não foi apreendida ou periciada, para comprovar sua capacidade lesiva. Sustenta, ainda, que o aumento aplicado na terceira fase, na razão de 3/8 (três oitavos), se deu com base somente no número de majorantes, o que contraria o disposto na Súmula n.º 443 do Superior Tribunal de Justiça.

Diante disto, pede, em liminar e no mérito, para aplicar a fração mínima de 1/3 (um terço) na terceira fase da dosimetria e fixar o regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 54/55.

As informações foram prestadas às fls. 64/82.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, às fls. 86/88.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.155 - SP (2011/0291630-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Inicialmente, quanto à incidência do emprego da arma de fogo não apreendida, tenho que o **writ** não comporta concessão.

No julgamento do EREsp nº 961.863/RS, ocorrido em 13/12/2010, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou compreensão 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, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.

Na hipótese dos autos, o emprego da arma restou cabalmente demonstrado, motivo pelo qual foi mantida a causa de aumento de pena em questão, conforme consta da sentença (fl. 70):

[...] a vítima, ao prestar declarações na fase extrajudicial, assim como em Juízo, identificou o réu como sendo um dos dois meliantes que, em comparsaria, valendo-se do emprego de arma branca (faca), tentaram lhe roubar a bolsa. Segundo a ofendida, o réu e o comparsa agiram com acentuada violência, pois além de a terem ameaçado com faca, para que entregasse a bolsa, chegaram a derrubá-lo no chão, acarretando-lhe ferimentos, confirmados pelo LECD de Lesões Corporais de fls. 58.

[...]

Ficou evidente que a ação criminosa se deu mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma branca, assim como mediante violência física, até porque a ofendida sofreu ferimentos. Esse contexto afasta qualquer possibilidade de desclassificação para furto. A qualificadora do emprego de arma subsiste, embora o parceiro do réu tenha se evadido com a faca, bastando para tanto a afirmação da ofendida.

Nesse sentido:

A - PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO MAJORADO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. SÚMULA N.º 440/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I. Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do **habeas corpus**.

II. A questão posta neste **writ** retrata exceção que deve ser analisada na via eleita, por estar configurada flagrante ilegalidade, sendo que parte da irresignação é fundada, inclusive, em questão já sumulada por esta Corte.

III. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que a caracterização da majorante prescinde da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova evidenciar o seu emprego, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal.

(...) (HC 186.583/SP, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe de 24/08/2011.)

B - HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. UTILIZAÇÃO DE DUAS MAJORANTES NA PRIMEIRA ETAPA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VIABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NÃO RECUPERAÇÃO DA RES FURTIVA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do piso legal e o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.

2. No caso, foram valoradas negativamente a culpabilidade, a personalidade, as circunstâncias e consequências do crime, além de ter utilizado duas majorantes na primeira etapa do critério trifásico.

3. Em relação às consequências do delito, o fato de a vítima não ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recuperado a **res furtiva** é inerente ao tipo penal, não podendo servir de motivo agravador da reprimenda.

4. Consoante o entendimento consolidado no âmbito da Terceira Seção desta Corte, o emprego de arma de fogo pode ser comprovado por outros meios, não sendo necessária a apreensão do artefato e submissão a perícia.

5. Ordem parcialmente concedida para, afastando a circunstância judicial indevidamente valorada como negativa, reduzir a pena recaída sobre o ora paciente, mantido o regime fechado para o início de desconto da sanção corporal. (HC 188.615/DF, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 29/08/2011.)

Entretanto, melhor sorte ostenta a impetrante quanto ao pleito de redução da fração de aumento utilizada na terceira fase de aplicação da pena.

Na parte que interessa, veja-se o que disse o magistrado sentenciante (fl. 72):

Na fase do artigo 59 do Código Penal fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa. Presentes duas causas de aumento de pena, uma vez que o roubo foi perpetrado em concurso de agentes e mediante o emprego de arma, cabe o aumento devido. Neste ponto, seguindo orientação dominante dos eminentes Desembargadores do E. TJSP, deve ser necessariamente aplicado o aumento de 3/8 (três oitavos). Realizado o preconizado acréscimo, a pena perfaz 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão e 41 (quarenta e um) dias-multa. Reconhecido o "conatus", pertinente se mostra a diminuição prevista no artigo 14, parágrafo único, do Código penal, sendo que a fração de redução deve, necessariamente corresponder ao "iter criminis" transposto. [...]. Destarte, face ao "iter criminis" transposto, diminuo em 1/3 (um terço) a pena de 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão e 41 (quarenta e um) dias-multa, a qual totaliza em definitivo 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 27 dias-multa, no valor mínimo legal. (grifei)

O Tribunal impetrado reduziu a pena-base para 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. No entanto, manteve o aumento aplicado na terceira fase, consignando "que o número de causas de aumento cuja presença restou comprovada nos autos, indica menor possibilidade de reação da vítima, dificultando a proteção de seu patrimônio ao mesmo tempo em que facilita, tanto mais quanto mais causas de aumento estiverem presentes, o sucesso do roubador" (fls .80/81).

Depreende-se da sentença condenatória mantida, neste particular pelo Tribunal impetrado, que a majoração, na terceira etapa de aplicação da pena, se deu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima do mínimo legal de 1/3 com base apenas no número de causas de aumento, o que vai de encontro ao enunciado de Súmula nº 443 desta Corte. Confira-se:

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.

Nesse caso, à míngua de fundamentação concreta que justifique o acréscimo, a sanção deve ser redimensionada, reduzindo-se o mínimo legal - 1/3 (um terço) - a majoração decorrente das duas causas de aumento do roubo.

Portanto, mantenho a pena-base em 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, que permanece inalterada na segunda fase. Pela incidência do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, aumento a pena em 1/3 (um terço). Por fim, reduzo a pena de 1/3, nos termos do art. 14, II, do Código Penal, tornando a pena definitiva em 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 6 (dias) dias de reclusão.

Busca-se, ainda, a modificação do regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

Cumprе salientar que, a teor da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena não está atrelada, de modo absoluto, ao **quantum** da pena privativa de liberdade aplicada ao acusado. Devem ser consideradas as demais circunstâncias do caso concreto para a escolha do regime que efetivamente mostra-se mais adequado à repressão e prevenção do delito.

No caso, razão não assiste ao impetrante. Isso porque, embora a pena recaída sobre o paciente não ultrapasse 8 (oito) anos de reclusão, foram apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Veja-se, por oportuno, parte do que disse o decreto condenatório sobre a questão (fl. 71):

*As circunstâncias previstas no artigo 59 do Código penal são desfavoráveis ao agente. O réu revelou índole criminosa, voltada à delinqüescência, tanto que, já anteriormente condenado por duas vezes pela prática de roubo (fls. 55 71), tornou a delinquir seguindo idêntico **modus operandi**. O histórico de vida do réu (fls. 18/26, 36/42 e 64/66) e as pregressas condenações ilustram que o agente sempre optou por tirar seu sustento da criminalidade, praticando roubos, tal qual se deu no presente caso. Deveras censurável ter agido em superioridade numérica e flagrante desproporção de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forças contra a vítima que era mulher e se encontrava sozinha, sem qualquer possibilidade de defesa. O trauma imposto à vítima imensurável e certamente se postergará em sua mente por seguidos anos. Na fase do artigo 59 do Código Penal fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

Na fixação do regime inicial, apresentou os seguintes motivos (fls. 73/72):

O sentenciado é portador de péssimos antecedentes e apresentou habitualidade na consecução de delitos de roubo. Não demonstrou qualquer arrependimento. Ao revés, revelou-se criminoso perigoso que elegeu a delinquência como fonte de subsistência. Pelo princípio da suficiência e nos termos do artigo 33, § 3º, do CP, iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, mesmo porque a prática de roubo, nessas circunstâncias, exige do Estado uma repressão e punição mais rigorosa.

O Tribunal impetrado, por sua vez, entendeu que "O regime fechado também foi aplicado de forma justa, diante da pena fixada e da conduta praticada, que demonstrou a periculosidade do agente roubador que machucou a vítima e, inclusive, possui antecedentes que demonstram a necessidade de ser afastado do convívio social" (fl. 82).

Nesse contexto, estabelecida a pena final em patamar superior a 4 (quatro) anos, qual seja, 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 6 (dias) dias de reclusão, a fixação do regime fechado encontra suporte legal no art. 33, § 2.º, alínea **b** e § 3º, do Código Penal.

Dessa forma, não há ilegalidade a ser reparada na presente via, uma vez que a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade encontra-se devidamente justificada na gravidade concreta do delito, a teor do que dispõe o art. 33 §§ 2.º e 3.º, do Código Penal, não havendo, pois, que se falar em constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

A - HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

1. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu - condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado -, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

[...]

(HC n.º 207.217/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 14/10/2011.)

B - HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. MAUS ANTECEDENTES. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. REGIME INICIAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. A defesa não juntou aos autos as certidões de antecedentes criminais do paciente, inclusive as mencionadas na sentença, de forma que é inviável a análise da questão dos antecedentes no presente writ.

2. Se não se obteve êxito no afastamento da circunstância judicial negativa, sendo mantida a pena-base acima do mínimo legal, não há reparos a serem feitos na fixação do regime inicial semiaberto pelas instâncias ordinárias.

3. Ordem denegada.

(HC n.º 164.336/SP, Relator o Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 28/9/2011.)

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para reduzir a pena, relativa ao crime de roubo, imposta a Elias Magalhães do Nascimento, nos autos da Ação Penal nº 050.10.026279-1 (602/2010) da Vigésima Quinta Vara Criminal da comarca de São Paulo, fixando-a em 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 6 (dias) dias de reclusão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0291630-6

HC 227.155 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3178297220108260000 50100262791 6022010 990103178297

EM MESA

JULGADO: 27/03/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AUGUSTO GUILHERME A. S. BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIAS MAGALHÃES DO NASCIMENTO

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 Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).