



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.410 - SP (2011/0268361-8)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : RODRIGO RODRIGUES CORDEIRO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILMARA RIBEIRO DA MOTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. MATÉRIA NÃO ARGUIDA OU DEBATIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DISPENSABILIDADE. ESTABELECIMENTO DO REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. "O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio." (AgRg no HC 120.475/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 4.10.2010).

2. Constatando-se que o tema aduzido na impetração não foi apreciado pelo Tribunal de origem, fica inviabilizado o exame da matéria nesta Casa de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Segundo a orientação prevalente na Terceira Seção desta Corte, originada a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 961.863/RS (julgado em 13.12.2010), para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não há a necessidade de apreensão da arma e submissão a perícia.

4. Em tais hipóteses, o efetivo emprego do artefato pode ser comprovado por outros meios, tais como as declarações da vítima ou depoimento de testemunhas.

5. Na linha do entendimento sumulado por esta Corte e pelo Supremo Tribunal, configura constrangimento ilegal o estabelecimento de regime prisional mais gravoso com base na gravidade abstrata do delito.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena imposta à paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem de **habeas corpus** e, nesta extensão, a conceder em parte, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.
Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 23 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.410 - SP (2011/0268361-8)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Silmara Ribeiro da Mota, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a ora paciente foi condenada à pena de 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, II e V, c.c. o art. 70, ambos do Código Penal.

Inconformada, apelou a defesa objetivando a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteou o afastamento do concurso de crimes e da causa de aumento pelo emprego de arma.

Ao recurso foi dado parcial provimento para afastar a qualificadora de restrição de liberdade da vítima, reduzindo a pena ao patamar de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantida, no mais, a sentença.

Neste *writ*, alegam os impetrantes que a oitiva das testemunhas, após o interrogatório da ré, ocasionou nulidade insanável no feito, por afrontar a redação do art. 400 do Código de Processo Penal.

Sustenta, ainda, que a apreensão e perícia da arma de fogo são imprescindíveis para demonstrar sua potencialidade lesiva e capacidade de gerar resultado mais gravoso, elementos necessários à caracterização da qualificadora.

Por fim, afirma que há constrangimento ilegal na fixação de regime mais gravoso para início de cumprimento da pena.

Requer, ao final, o reconhecimento da alegada nulidade. Subsidiariamente, pugna pelo afastamento da causa de aumento e consequente redimensionamento da pena e adequação do regime prisional.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocuradora-Geral da República Juarez Tavares, opinou pela concessão parcial da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem (e-fls. 163/176).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.410 - SP (2011/0268361-8)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Compulsando-se os autos, vê-se que o pedido referente ao reconhecimento de nulidade por ofensa ao disposto no art. 400 do Código de Processo Penal não foi submetido ao crivo do Tribunal de origem.

Com efeito, a partir da leitura do acórdão impugnado, constata-se que a matéria não foi arguida nas razões de apelação, consoante se depreende da seguinte passagem (e-fls. 128):

Inconformado apela objetivando a absolvição por insuficiência probatória; subsidiariamente requer o afastamento do concurso de crimes, assim como da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma e, caso reconhecida, que o aumento da pena ocorra em patamar inferior a metade.

Assim, o conhecimento dessa pretensão, nesta sede, implicaria indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE NA QUESITAÇÃO. TESE NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ARGUIDA NA SESSÃO PLENÁRIA. PRECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Se as nulidades ora suscitadas não foram examinadas expressamente pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação, não podem ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

(HC 78.652/SP, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 9.3.2011)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPROVIMENTO.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que, efetivamente, a Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre o tema suscitado no writ, tendo em vista que não foi alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração por este Sodalício, sob pena de supressão de instância.

(AgRg no HC 120.475/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 4.10.2010)

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JULGAMENTO DE APELAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça não pode examinar a tese de insignificância da conduta do paciente se a matéria não foi submetida a exame das instâncias ordinárias, sob pena de supressão de instância.

2. Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição.

3. Cabe à Corte estadual, autorizada a examinar com profundidade as provas produzidas, verificar a reprovabilidade social da conduta do agente, as circunstâncias do crime, a capacidade econômica da vítima e outras questões cuja análise é imprescindível à aplicação do princípio em comento. Somente depois, tendo como base os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem, pode o Superior Tribunal de Justiça avaliar a legalidade da decisão.

4. **Habeas corpus** não conhecido.

(HC 108.886/MG, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 9.3.2011, DJe 21.6.2010)

De mais a mais, não se pode olvidar que as normas processuais penais são regidas pelo princípio do **tempus regit actum**, tendo, em princípio, aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imediatas mas não retroativas. No caso, os atos impugnados foram realizados antes da edição da Lei n.º 11.719/2008 e respeitando as normas vigentes naquela ocasião, de modo que inexistem motivos que justifiquem sua renovação.

Quanto à aplicação da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prevalecia nesta Sexta Turma o entendimento de que, para sua incidência, seria indispensável a apreensão da arma, com a posterior perícia, a fim de se constatar sua potencialidade lesiva.

Contudo, em sentido diverso se consolidou a orientação da Terceira Seção desta Casa de Justiça. É de ver que, na sessão realizada no dia 13.12.2010, o referido órgão fracionário, em decisão majoritária, rejeitou os Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 961.863/RS.

Com isso, a caracterização da referida majorante pode ser comprovada por outros meios, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas.

De se ver, ainda, que esse mesmo entendimento foi consolidado no âmbito do Plenário da Suprema Corte.

Veja-se, a propósito, a ementa do *leading case*:

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lesões graves. VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

VII - Precedente do STF.

VIII - Ordem indeferida.

(HC 96.099/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 5.6.2009)

No caso, a utilização de arma foi mencionada pelas vítimas, consoante se vê no seguinte trecho da sentença:

As vítimas e as testemunhas ouvidas, de maneira firme e coerente, informaram que a ré Silmara o réu Manoel e um terceiro não identificado, com arma de fogo em punho, entraram na residência e, sob grave ameaça, privando a liberdade de Luciana e dos filhos do casal, forçaram Alexsandro a ir até o açougue Dois Irmãos, do qual era gerente, e abrir o cofre, o qual acabou sendo arrombado, de onde subtraíram R\$ 10.000,00 retornando à residência do casal vítima, acabando por subtrair algo em torno de R\$ 200,00 e um relógio de pulso, fugindo em seguida.(e-fl. 102).

Diante desse quadro, tem-se que a utilização de arma no roubo, levada a efeito pela ora paciente, encontrou-se satisfatoriamente demonstrada, motivo por que não vejo como excluir a respectiva majorante.

Por fim, no que se refere ao regime prisional, esta Corte tem decidido, reiteradamente, que a mera alusão à gravidade do delito, dissociada de qualquer fundamentação calcada em elementos concretos, não é suficiente para justificar a imposição de regime mais severo do que aquele previsto para a sanção aplicada, notadamente quando a pena-base é fixada em seu mínimo legal, sob pena de infringir o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Confiram-se:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PACIENTE CONDENADO POR ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA TOTAL: 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS). QUESTÃO SUSCITADA E DECIDIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. SÚMULAS 718 E 719/STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATOR. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, CONCEDIDA, MAS APENAS PARA ESTABELECEER O REGIME INICIAL SEMI-ABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. Com a prolação de sentença, condenando o paciente à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, fica prejudicada a alegação de ilegalidade da custódia cautelar.

2. Firme é o entendimento desta Corte Superior de que, nos casos em que o réu permaneceu preso durante a instrução criminal, a manutenção da custódia, com a proibição do Apelo em liberdade, é medida que se impõe.

3. 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 ponto de vista do Relator.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, concedida, mas apenas para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

(HC 86.671/SP, Relator o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJ 5/5/2008).

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. TENTATIVA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula 718/STF).

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

3. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, § 2º, do Código Penal).

4. Na hipótese, verifica-se que o réu preenche as exigências constantes da Súmula 269/STJ, segundo a qual 'É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'.

5. Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 101.276/SP, Relator o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 4/8/2008)

No caso dos autos, tanto o juiz sentenciante quanto o Relator do acórdão impugnado não fundamentaram idoneamente a fixação do regime inicial mais gravoso, limitando-se a dizer:

O regime inicial para cumprimento da pena, não obstante a quantidade fixada, nos termos do artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, deverá ser o fechado, único compatível com o delito de roubo, crime grave que desassossega a sociedade. (e-fl. 105).

Quanto ao regime prisional, fica mantido no fechado pois, de acordo com sólida orientação, é o mais adequado a coibir esse tipo de crime, de natureza extremamente grave (RJTACRIM 40/466) (e-fl. 132).

O regime prisional deve ser o semiaberto, dada a quantidade de pena imposta – 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão – e a ausência de circunstância desfavoráveis, em compasso com aquilo que preceitua a Súmula 440/STJ, **verbis**:

Súmula 440 - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

À vista do exposto, conheço em parte do pedido e, nessa extensão, concedo parcialmente a ordem, para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena imposta à paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0268361-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 224.410 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14512004 990091649678

EM MESA

JULGADO: 23/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO RODRIGUES CORDEIRO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : SILMARA RIBEIRO DA MOTA (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nesta extensão, a concedeu em parte, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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