



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 77.467 - SP (2007/0037520-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : SALVADOR JOSÉ BARBOSA JÚNIOR - PROCURADORIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELINGTON ROBERTO BORREGAS DOS SANTOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *writ*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO. TESE DE NÃO INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE ROUBO E EXTORSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ESPÉCIES DIVERSAS. ROUBO. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima, ou pelo depoimento de testemunhas.
3. Consoante a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os crimes de roubo e extorsão, conquanto de mesma natureza, por serem de espécies diversas, não possibilitam a aplicação da regra do crime continuado, ainda quando praticados em conjunto. Precedentes.
4. Nos termos do entendimento cristalizado na Súmula 443/STJ: "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".
5. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem de ofício para reduzir penas aplicadas ao crime de roubo a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 77.467 - SP (2007/0037520-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : SALVADOR JOSÉ BARBOSA JÚNIOR - PROCURADORIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELINGTON ROBERTO BORREGAS DOS SANTOS

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de WELINGTON ROBERTO BORREGAS DOS SANTOS, sem pedido de liminar, em face do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 70, ambos do Código Penal (por quatro vezes) e no art. 158, § 1º, c/c o art. 70, ambos do Código Penal, às penas de 10 (dez) anos de reclusão, em regime fechado, e 66 (sessenta e seis) dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal de origem houve por bem dar parcial provimento ao recurso, aumentando as penas para 11 (onze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 28 (vinte e oito) dias-multa.

No presente *writ*, alega o impetrante, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista: (i) a não incidência da majorante do emprego de arma, porquanto não apreendida a arma; (ii) a falta de fundamentação para o aumento da pena na terceira fase, quanto ao delito de roubo, em fração superior à mínima, com base no critério matemático; e (iii) a configuração da continuidade delitiva entre os dois crimes de roubo e extorsão, "à medida que são delitos semelhantes e foram praticados no mesmo contexto fático, temporal e modal" (fl. 9e).

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja: afastada a causa especial de aumento do emprego de arma no crime de roubo, reduzido o aumento na terceira fase a 1/6 (um sexto), bem como reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, reduzindo-se as penas por consequência.

Foram prestadas as informações, às fls. 163/220e e 222/302e.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 123/133e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 77.467 - SP (2007/0037520-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado pela prática dos crimes de roubo majorado e extorsão nos seguintes termos, *in verbis*:

Diversas questões são discutidas nos presentes autos, com bastante zelo, convém salientar, de ambas as partes.

A sentença condenou o réu por um único crime de roubo agravado pelo concurso de agentes e um único crime de extorsão, em continuidade delitiva, fixando as penas em dez anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e sessenta e seis dias-multa.

Os fatos, bem comprovados pela prova oral colhida, são os seguintes: no dia 30 de abril de 2001, na Praça Giovani Breda, nº 695, em São Bernardo do Campo, o réu Welington Roberto Borregas Santos, ora apelante, juntamente com pessoa não identificada, ambos portando armas de fogo, dirigiram-se ao consultório dentário de propriedade das vítimas Raquel Albanez de Paula e João Caetano de Paula, primeiro passando-se por clientes. No interior do consultório, sacaram as armas e anunciaram o assalto. Subtraíram, da dentista Gláucia Albanez Morandi, um telefone celular. Ato contínuo, constrangeram Raquel a lhes entregar seu cartão bancário e o de seu marido João, juntamente com as respectivas senhas, com a intenção de efetuarem saques em caixas eletrônicos. Em seguida, de acordo com o que haviam planejado, trancaram as três vítimas e os pacientes no interior de um banheiro, onde permaneceram por volta de uma hora, período no qual fizeram saques de R\$ 600,00 da conta corrente de João e R\$ 1.525,00 da conta de Raquel.

Iniciadas as investigações, os policiais civis conseguiram localizar o apelante, que era foragido da Penitenciária de Hortolândia e estava envolvido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em outros crimes da mesma natureza, contra clínicas dentárias, com ele apreendendo um simulacro de arma de fogo (fls. 29).

As vítimas foram chamadas a comparecer na repartição policial, onde reconheceram pessoalmente o acusado como autor dos crimes (autos de reconhecimento de fls. 15, 16 e 17).

Ainda nas dependências policiais, o réu manteve-se em silêncio. Interrogado em Juízo, negou o crime de forma singela, sem explicar o motivo pelo qual fora reconhecido pelas vítimas (fls. 773/75). Sua negativa ficou isolada no confronto com as demais provas e não merece crédito.

As vítimas, ouvidas em Juízo, confirmaram inteiramente os fatos e reconheceram o acusado, de forma unânime e extrema de dúvidas, como um dos autores dos crimes descritos na denúncia.

João Caetano de Paula declarou que o réu chegou no consultório, passando-se por paciente e, logo depois, exibiu um revólver e anunciou o assalto. Seu comparsa, um indivíduo de cor, que também portava um revólver, chegou em seguida. Assegurou que as armas eram de verdade. Acrescentou que eles subtraíram o seu cartão bancário e o de sua esposa e obrigaram esta última a fornecer-lhes as senhas. Reservaram, ainda, um celular da outra vítima e um relógio de um paciente. Depois, sacaram em caixa eletrônico dinheiro das duas contas (fls. 82/86).

Raquel Albanez de Paula corroborou inteiramente a narrativa de seu marido João Caetano. Declarou que foi obrigada a entregar aos dois assaltantes seu cartão bancário e o de seu marido, com as senhas respectivas. Confirmou, ainda, que os assaltantes efetuaram saques em caixas eletrônicos com os cartões e subtraíram o aparelho de telefonia celular de propriedade de sua irmã. Assegurou que tanto o réu, quanto seu comparsa, portavam armas verdadeiras, afirmando expressamente que não eram de brinquedo. Por fim, disse que estava grávida de cinco meses na época do fato (fls. 91/94).

A última vítima, Gláucia Albanez Morandi narrou fatos idênticos, confirmando que o acusado e seu comparsa portavam armas verdadeiras, levaram o seu aparelho celular e pegaram os cartões bancários, com as senhas, das outras vítimas. Depois, trancaram todos no banheiro, alegando que iriam efetuar saques com os cartões (fls. 87/90).

Completando a prova incriminatória, foi ouvido o policial civil Ricardo de Oliveira Pedriaso, que descreveu as diligências realizadas para apuração do fato e localização do réu. Relatou que recebeu orientação para procurar um rapaz que teria tentado entrar numa clínica de dentista, em Nova Petrópolis. Quando a viatura se aproximou, o réu fugiu, saindo os policiais em seu encalço, até que o cercaram e prenderam, pouco depois que ele dispensou uma arma de brinquedo.

Acrescentou que várias vítimas foram chamadas na delegacia para reconhecimentos pessoais (fls. 95/96). Í

O acervo probatório descrito é coeso e autoriza uma convicção segura de que o réu foi o autor dos crimes que lhe foram imputados na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denúncia.

Alem de ter sido abordado em atitude suspeita, depois de tentar entrar num consultório dentário, portando uma arma de brinquedo, ele foi conduzido para a delegacia, onde veio a sei reconhecido por diversas vítimas de crimes patrimoniais semelhantes aos apurados nestes autos.

Saliente-se que, nos fatos em apuração, não apenas uma, mas três vitimas o reconheceram e o fizeram com plena segurança, não deixando margem a nenhuma dúvida.

Convém salientar que a jurisprudência é uníssona em reconhecer o valor das declarações da vítima nos crimes contra o patrimônio, desde que serenas, coerentes, seguras e atinadas com os demais elementos de convicção existentes nos autos. A palavra da vítima, quando se trata de demonstrar a ocorrência da subtração e o reconhecimento de autoria do crime, é de suma valia.

[...]

Por outro lado, não há nenhuma prova nos autos que favoreça o réu, cuja negativa de autoria, bastante inconsistente, ficou isolada e não merece nenhuma credibilidade.

A autoria constituiu, portanto, tema exposto com firmeza pelo juiz que subscreveu a sentença condenatória. O réu tinha mesmo que ser condenado, como se decidiu e bem, não merecendo acolhida a pretensão de absolvição fomuulada pela defesa.

Reconhecida a autoria, resta definir os crimes tipificados. A conduta do acusado se subsume, sem nenhuma dúvida, nos delitos de roubo e extorsão, reconhecidos em concurso material e não em continuidade delitiva, como constou da sentença.

O roubo teve por vítima somente Gláucia Albanez, cujo aparelho de telefonia celular foi subtraído pelos meliantes, o que foi bem reconhecido na sentença. Não há comprovação plena de que eles tenham praticado outras subtrações patrimoniais, inexistindo amparo na prova para reconhecer o concurso formal pretendido pelo Ministério Público.

Além da subtração patrimonial praticada contra Gláucia, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma e concurso de agentes, os autores também praticaram uma única extorsão, tendo por vítima Raquel, que foi obrigada, também através de ameaças exercidas da mesma maneira, a fazer o que a lei não manda, ou seja, a fornecer-lhes o seu cartão magnético e o de seu marido, com as respectivas senhas, para que fossem efetuados saques em caixas eletrônicos.

É indiscutível que esta segunda conduta configura crime único de extorsão, também não sendo possível reconhecer o concurso formal sustentado nas razões de apelação pelo Dr. Promotor de Justiça. Consoante bem lembrou a ilustre Procuradora de Justiça Dra. Mônica de Barros Marcondes Desinano, "...conforme informou a próprio vítima João, somente suo esposa, a vítima Raquel se submeteu ao constrangimento exercido pelos agentes e lhes forneceu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as senhas dos dois cartões bancários" (fls, 278). Ademais, como bem anotado na sentença, foi violado um só patrimônio com os saques efetuados, pois o dinheiro, embora sacado de contas diferentes, era de propriedade comum do casal.

Reportando-me, ainda, à manifestação da ilustrada Procuradoria de Justiça, não tem nenhuma procedência a alegação da defesa de que a extorsão consumada não poderia ser reconhecida, porque não foi feita prova material dos saques nos caixas eletrônicos. Seria exigir muito das vítimas que viessem em Juízo, muito tempo após o roubo, trazendo estratos bancários que comprovassem aqueles saques. Suas palavras, neste aspecto, são mais do que suficientes para comprovar que os valores foram sacados pelos agentes, no próprio dia dos fatos.

No entanto, ainda que não os saques não tivessem sido efetuados, a extorsão resultaria bem configurada, reconhecendo-se sua consumação, pois prevalece amplamente em nossos Tribunais, inclusive nos Superiores, a orientação de que a extorsão é crime formal ou de consumação antecipada, integrando-se com a só ação, tolerância ou omissão imposta à vítima, dando-se a consumação no exato instante da coação, com a intenção de obter a vantagem econômica indevida, sem que seja exigida a efetiva obtenção dessa vantagem, que, se obtida, constitui mero exaurimento do crime.

As causas de aumento de pena indicadas na denúncia ficaram devidamente comprovadas, sendo o caso de reformar a sentença, nesta parte, para reconhecer o emprego de arma, deferindo-se esta pretensão do Ministério Público.

A pretensão da defesa de afastar o concurso de agentes fica rechaçada, pois as vítimas indicaram, sem sombra de dúvidas, a presença de um segundo indivíduo no consultório, também empunhando arma de fogo, salientando que ele aderiu plenamente à conduta do réu e concorreu para a prática das infrações penais, sendo evidente o vínculo subjetivo entre ambos.

No que se refere ao emprego de arma, observo que a sua não apreensão não impede o seu reconhecimento. O réu foi encontrado em data posterior à do fato, momento em que, evidentemente, não portava mais a arma utilizada. Na ocasião de sua prisão, ele trazia consigo uma arma de brinquedo, o que não leva, por si só, à conclusão de que a arma empregada nos crimes também não fosse verdadeira.

O que importa é que houve segura imputação das vítimas quanto à forma como se deu a ameaça, não afastando a causa de aumento o simples fato da arma não ter sido encontrada para ser submetida a exame pericial destinado a comprovar sua eficácia. As vítimas foram absolutamente seguras, quando afirmaram em Juízo que as armas empregadas pelos agentes eram de verdade.

[...]

O Ministério Público também tem razão ao impugnar a continuidade delitiva entre o roubo e a extorsão reconhecida na sentença, pois, consoante orientação jurisprudencial amplamente majoritária, responde



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por concurso material o agente que, embora numa mesma oportunidade fática, pratica, em ações subseqüentes, roubo e extorsão, pois os delitos decorrem de desígnios autônomos e como tais devem ser punidos.

Os crimes, ademais, embora sejam do mesmo gênero, não são, evidentemente, da mesma espécie, pois possuem elementos objetivos e subjetivos distintos.

Não se pode olvidar que a continuidade delitiva é ficção jurídica desenvolvida pelo legislador para situações excepcionais, nas quais a incidência do concurso material redundaria em penas muito rigorosas.

É o que ocorre nas hipóteses em que as infrações foram perpetradas num único impulso criminoso, sendo a última delas desdobramento lógico e direto da que lhe precedeu, sempre exigido, contudo, de acordo com a própria redação do art. 71, do Código Penal, que os crimes sejam da mesma espécie.

Portanto, para o reconhecimento da fictio iuris da continuidade é imprescindível, além dos crimes serem de igual espécie, e das condições modal, temporal e espacial, que também haja unidade de desígnios, a ser analisada em cada caso concreto, embora o nosso Código tenha adotada a teoria objetiva.

Nesse sentido, o seguinte julgado do STF: "O Código Penal brasileiro, no tocante ao crime continuado, adotou a teoria objetiva. Todavia, no exame de cada caso, não se pode afastar a unidade de desígnios, que leva de qualquer modo o legislador a penetrar no elemento subjetivo do agente" (RT 576/482).

No caso, houve claro concurso material, pois, repita-se, os delitos não são da mesma espécie, resultaram de desígnios autônomos e foram praticados em ações subseqüentes, uma voltada para a violação do patrimônio da vítima Gláucia, através de subtração perpetrada pelos agentes, outra voltada para o constrangimento da vítima Raquel a fazer algo contra sua vontade, com evidente finalidade de obtenção de indevida vantagem econômica.

[...]

A defesa, por outro lado, tem razão quando impugna o aumento da pena-base, que foi majorada com fundamento em conduta social aferida pela análise da folha de antecedentes.

Contudo, para o reconhecimento de maus antecedentes ou de conduta social reprovável não bastam referências inscritas na folha de antecedentes expedida pelo Instituto de Identificação da Secretaria da Segurança Pública, prova que só pode derivar de certidões cartorárias comprovando condenações anteriores definitivas.

No caso em exame, não foi juntada uma única certidão cartória comprovando que o réu tem condenação definitiva antes do fato em julgamento. A certidão de fls. 100 indica que ele responde a outro processo e a certidão de fls. 106 indica que ele tem condenação transitada em julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

data posterior ao fato em julgamento.

Para bem analisar a questão, convém que se estabeleça, de forma precisa, o conceito de antecedentes criminais.

Antecedentes são todos os fatos ou episódios da vida pregressa do acusado, tanto bons, quanto maus, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer forma, à avaliação subjetiva do crime. De acordo com o próprio sentido etimológico do termo, aquilo que antecede refere-se, necessariamente, ao que ocorreu antes do fato em exame no processo.

Sob este prisma, maus antecedentes são os delitos que o condenado praticou antes do que gerou sua condenação ou aqueles pelos quais foi condenado antes do fato em apuração, pouco importando que configurem ou não a reincidência, assim não sendo considerados, evidentemente, os praticados posteriormente.

Por outro lado, vem prevalecendo, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, a orientação no sentido de que processos em andamento ou sentenças condenatórias não transitadas em julgado não são considerados como antecedentes, diante do princípio da presunção da inocência que milita em favor do réu (inciso LVII do art. 5º, da Carta Magna), também não o sendo, com muita razão, os inquéritos arquivado.

No caso em exame, não se pode inferir, apenas com base em processo ainda não findo, que o réu tem conduta social reprovável ou personalidade voltada para a prática de atos anti-sociais, até porque não se produziu nenhuma outra prova neste sentido.

As demais circunstâncias que envolveram os fatos não justificam o aumento da pena-base, lembrando-se que o réu agiu com dolo normal à espécie.

Também tem razão a defesa quando pretende o afastamento da circunstância agravante prevista no art. 61, II, h, do Código Penal, pois a gravidez da vítima Raquel, de cinco meses, não era visível, nem era do conhecimento do agente.

Esta circunstância, de acordo com a melhor jurisprudência, só pode ser reconhecida se ficar provado que a gravidez da vítima era perceptível e conhecida do réu.

*Feitas estas considerações, passo a aplicar as penas, de acordo com os critérios acima fixados. **As penas-base são fixadas no mínimo, sendo de quatro anos de reclusão, além da pecuniária de dez dias-multa, para cada delito praticado em concurso material.***

Aumenta-se a pena do roubo de 3/8, considerando-se que foram duas as causas de aumento reconhecidas nesta sentença, alcançando-se o resultado de cinco anos e seis meses de reclusão, além da pecuniária de treze dias-multa.

O melhor critério para escolher o aumento a ser aplicado é o que tem por base o número das causas, pois atende ao princípio da isonomia, para se alcançar a pena justa. Não se pode majorar uma pena, pela presença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de cinco causas especiais de aumento, no mínimo e usar o mesmo critério quando somente uma causa especial de aumento se faz presente. O aumento da pena, em razão da presença de duas causas especiais de aumento, deve ser maior que o aumento feito quando somente uma causa especial se faz presente. Considerando-se que são cinco as causas especiais de aumento, são adotadas as seguintes majorações: uma causa especial de aumento, majoração de 1/3; duas causas especiais de aumento, majoração de 3/8; três causas especiais de aumento, majoração de 5/12; quatro causas especiais de aumento, majoração de 7/16; e, cinco causas especiais de aumento, majoração de metade.

No caso da extorsão, seguindo-se o mesmo critério, e considerando-se que se encontram presentes as duas majorantes mencionadas no § 1º do art. 158 do Código Penal (crime cometido por duas pessoas e com emprego de arma), o aumento deve ser o máximo de metade (reserva-se o aumento mínimo de 1/3 para o caso em que presente apenas uma delas), resultando o total de seis anos de reclusão, além da pecuniária de quinze dias-multa. Ausentes outras circunstâncias modificadoras, tomo estas penas definitivas. Somadas pelo cúmulo material, alcançam o resultado final de onze anos e seis meses de reclusão, além da pecuniária de vinte e oito dias-multa, a ser calculada no valor unitário mínimo legal.

Em atenção ao disposto no art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, o regime prisional de início do cumprimento das penas corporais só pode ser o fechado, diante da pena final aplicada, lembrando-se, ainda, que o réu praticou crimes cometidos com grave ameaça à pessoa, revelando audácia e insensibilidade moral e, ademais, não comprovou o exercício de ocupação lícita, não tendo mérito pessoal para ser agraciado com o regime diverso do mais gravoso.

Ante o exposto, a proposta é pelo provimento em parte aos recursos da defesa e do Ministério Público para considerar o apelante incurso no art. 157, § 2º, I e II (por uma vez) e art. 158, § 1º (por uma vez), c.c. o art. 69, todos do Código Penal, aumentando sua pena para onze (11) anos e seis (06) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e pagamento de vinte e oito (28) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantendo-se, no mais, a r. sentença (fls. 105/119e).

De início, alega o impetrante a não incidência da majorante do emprego de arma, por não haver sido apreendida e periciada.

Sobre o tema, a jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima, ou pelo depoimento de testemunhas, tal como se verifica *in casu*.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só - desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria (EResp 961.863/RS, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ acórdão Min. GILSON DIPP, 3ª SEÇÃO, DJe 06/04/2011).

Pugna, outrossim, pela aplicação da regra da continuidade delitiva entre os delitos de roubo e extorsão.

Com efeito, nos termos da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os crimes de roubo e extorsão, conquanto de mesma natureza, por serem de espécies diversas, não possibilitam a aplicação da regra do crime continuado, ainda quando praticados em conjunto.

Cito, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ROUBO E EXTORSÃO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME CONTINUADO. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

[...]

3. Nos termos do art. 71 do Código Penal, o delito continuado configura-se quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie e os delitos guardem conexão no que diz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respeito ao tempo, ao lugar, à maneira de execução e a outras características que façam presumir a continuidade delitiva.

4. É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois são infrações penais de espécies diferentes, que têm definição legal autônoma e assim devem ser punidos. Precedentes.

5. Ordem de habeas corpus não conhecida (HC 281.130/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ROUBO E EXTORSÃO. CONDENAÇÃO. CONCURSO MATERIAL. ALEGAÇÃO DE CRIME ÚNICO. EXAME DAS PROVAS. VEDAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES DE ESPÉCIES DIVERSAS. (3) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ARGUMENTO INADEQUADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. (4) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. (5) CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. (6) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. O reconhecimento de crime único entre os delitos de roubo e extorsão, afastando-se o concurso material, assim como a incidência da continuidade delitiva, demandaria revolvimento fático-probatório, não condizente com a via do writ. **Conforme entendimento desta Corte, não há continuidade delitiva entre os delitos de roubo e extorsão, porque de espécies diferentes.**

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar a reprimenda em 12 (doze) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa.

Mantidos os demais termos da condenação (HC 222.128/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 21/10/2013).

Por fim, quanto à dosimetria, de fato, verifica-se o alegado constrangimento ilegal, porquanto o estabelecimento de fração acima da mínima legal, na terceira fase da dosimetria, deu-se, na espécie, tão só pela incidência de duas majorantes – emprego de arma e concurso de agentes –, com base no critério matemático.

Nos termos do entendimento cristalizado na Súmula 443/STJ: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

Com efeito, *in casu*, fixou-se a pena-base no mínimo legal quanto ao crime de roubo – em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a qual permaneceu no mesmo patamar, na segunda fase, à míngua de atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Por fim, presentes as majorantes do emprego de arma e do concurso de agentes, reduzo o aumento ao mínimo legal de 1/3 (um terço), ficando as penas estabelecidas em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, as quais são somadas (pelo concurso material), a 6 (seis) anos de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, fixada para o delito de extorsão, totalizando 11 (onze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa.

Quanto ao regime prisional, não se constata qualquer ilegalidade, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* das penas estabelecido, superior a 8 (oito) anos.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*. Concedo, porém, a ordem de ofício para reduzir as penas aplicadas ao crime de roubo a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2007/0037520-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 77.467 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 7822003

8771093

EM MESA

JULGADO: 02/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SALVADOR JOSÉ BARBOSA JÚNIOR - PROCURADORIA DA ASSISTÊNCIA
JUDICIÁRIA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WELINGTON ROBERTO BORREGAS DOS SANTOS

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.