



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.767 - SP (2011/0312142-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO SÉRGIO DA CUNHA BARBOSA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO E EXTORSÃO. CRIMES AUTÔNOMOS. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES DE ESPÉCIES DIVERSAS. ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO DA MAJORANTE. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DECORRENTE DO NÚMEROS DE CAUSAS DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA N. 443/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– A pretendida desclassificação relativamente ao delito de extorsão mediante sequestro previsto no art. 158, § 3º, do CP, é inviável na via sumária do *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas constantes da ação penal.

– O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de não ser possível o reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, tendo em vista que não são delitos da mesma espécie. Precedentes.

– É pacífico o entendimento dessa Corte Superior, no sentido de que a incidência da majorante referente a utilização da arma prescinde, inclusive, de apreensão e perícia, sobretudo, quando comprovado por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas. Precedentes.

– Consoante jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, é indevida a exasperação da pena acima do mínimo legal com base unicamente no número de majorantes incidentes.

– *In casu*, a exasperação em 3/8 foi feita tão somente em virtude do reconhecimento de duas majorantes, o que torna imperioso seu redimensionamento. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida de ofício, apenas para, redimensionando a exasperação da reprimenda imposta no crime de roubo circunstanciado para 1/3 (um terço), reduzir as penas total do paciente para 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 25 (vinte e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder parcialmente *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 11 de abril de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.767 - SP (2011/0312142-1)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO SÉRGIO DA CUNHA BARBOSA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de Recurso Especial, sem pedido de liminar, impetrado em favor de PAULO SÉRGIO DA CUNHA BARBOSA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática do delito tipificado no art. 158, § 3º, do Código Penal, às penas de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado e multa, tendo sido absolvido da imputação no crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Em sede de Apelação, o Tribunal *a quo* reformou a sentença para condenar o paciente como incurso nos arts. 157, § 2º, I e II e 158, § 3º, ambos do Código Penal, em concurso material, às penas de 13 (treze) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado e multa. O aresto ficou assim ementado:

Extorsão qualificada pelo sequestro e roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes. Condutas autônomas. Autoria e materialidade comprovadas. Reconhecimento feito pela vítima nas duas fases da persecução penal. Impossibilidade de desclassificação da extorsão para roubo. Vantagem indevida que dependia de ação da vítima consistente no fornecimento da senha bancária. Condenação pelo roubo majorado decretada. Reconhecimento do concurso material de infrações. Adequação da adoção das penas-base acima do mínimo. Reincidência não demonstrada. Regime prisional inicial fechado. Recurso da defesa improvido. Recurso da acusação provido em parte (fls. 73).

No presente *writ*, requer o impetrante que a desclassificação do crime de extorsão para o delito único de roubo, afastando-se, assim, o concurso material das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

infrações. Em homenagem ao princípio da eventualidade, requer, ainda, o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de extorsão mediante sequestro e roubo.

Punga também: a) pelo afastamento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo, ante a não apreensão e perícia da mesma; c) a diminuição do patamar de aumento da pena efetuado na terceira fase com base exclusivamente no número de majorantes e d) a fixação do regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

Não houve pedido de liminar.

Informações foram prestadas às fls. 56/81.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 85/87).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.767 - SP (2011/0312142-1)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. *Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

5. *Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).*

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, considerando que o *writ* foi interposto antes da mudança do entendimento sobre o cabimento do *habeas corpus* substitutivo, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

No tocante à condenação do paciente no crime previsto no art. 158, § 3º, do Código Penal, o Tribunal de origem consignou que:

Por tal quadro, correta a condenação do réu pelo crime de extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, o chamado "sequestro relâmpago", devendo ser decretada sua condenação também pelo roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma, em concurso material de infrações.

O artigo 158 do Código Penal descreve como crime de extorsão "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa". O parágrafo terceiro, por sua vez, determina que "se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente" (extorsão mediante sequestro da qual resulta lesão corporal ou morte).

Da descrição dos fatos praticados pelo réu, nos exatos termos das declarações prestadas pela vítima de forma peremptória, é possível concluir a consumação de dois delitos autônomos.

Inicialmente, os agentes constrangeram a vítima à realização de saque em caixa eletrônico, também mediante grave ameaça com emprego de armas e restrição de sua liberdade por aproximadamente uma hora e meia, para o fim de obterem vantagem indevida, consistente no valor do saque, assim consumando-se o chamado "sequestro relâmpago", previsto no art. 158, § 3º, do Código Penal. Em seguida, caracterizou-se o crime de roubo qualificado, porque a vítima foi desapossada dos bens que estavam em seu poder, depois de gravemente ameaçada pelos agentes, que agiam com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unidade de desígnios, mediante emprego de armas de fogo.

A pretensão de desclassificação do crime de extorsão qualificada pelo sequestro para o de roubo majorado não comporta acolhimento.

Para a obtenção da vantagem econômica pelos agentes, cuja ação era necessária e consistia no fornecimento da senha bancária à realização do saque, de forma a caracterizar-se a extorsão qualificada pelo sequestro.

A respeito da extorsão, Guilherme de Souza Nucci explica que "é uma variante de crime patrimonial muito semelhante ao roubo, pois também implica numa subtração violenta ou com grave ameaça de bens alheios. A diferença concentra-se no fato de a extorsão exigir a participação ativa da vítima fazendo alguma coisa, tolerando que se faça ou deixando de fazer algo em virtude da ameaça ou da violência sofrida. Enquanto no roubo o agente atua sem a participação da vítima, na extorsão o ofendido colabora ativamente com o autor da infração penal" (pág. 737, "Código Penal Comentado", ed. RT, 8ª Edição, 2008).

Alberto Silva Franco e Rui Stoco, por sua vez, acrescentam que "diferentemente do que acontece no roubo, a ofensa ao patrimônio, no crime de extorsão, realiza-se com a cooperação da vítima, que, coagida, faz, tolera que se faça ou deixa de fazer alguma coisa. Fazer alguma coisa importa que a prática de alguma ação; tolerar que se faça significa tolerar a ação de outrem (que pode ser o agente ou terceiro); deixar de fazer, por seu turno, implica comportamento omissivo" ("Código Penal e sua Interpretação", ed. RT, 8ª ed., 2007, fls. 808).

Deve ser consignado que o cerceamento à liberdade da vítima, que se prolongou até o encontro de terminal eletrônico em funcionamento para saques no horário dos fatos, mostrou-se imprescindível à obtenção do resultado pretendido pelos agentes, como era necessário à caracterização do "sequestro relâmpago".

(...).

Finalmente, também ficou demonstrado o concurso material entre o roubo e a extorsão qualificada pelo sequestro, pois duas foram as condutas dos agentes, com desígnios diversos, embora tenham sido executadas de forma subsequente. Tratando-se de crimes de espécies diferentes, o reconhecimento da continuidade delitiva torna-se impossível (fls. 75/78).

Verifica-se, portanto, que a Corte de origem afastou a existência de crime único, consignando, com base nas provas colhidas nos autos, que restaram consumados dois crimes autônomos, em concurso material.

Nesse contexto, a pretendida desclassificação relativamente ao delito de extorsão mediante sequestro previsto no art. 158, § 3º, do CP, é inviável na via sumária do *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas constantes da ação penal.

Sobre o tema, seguem os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. PLEITO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. 4. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DADOS CONCRETOS DOS AUTOS. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

3. O Tribunal de origem manteve a condenação pelo delito de extorsão mediante sequestro qualificado, com base em fatos e provas produzidas durante a instrução criminal, portanto, mostra-se inviável, na via eleita, reverter a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, pois demandaria indevido revolvimento do arcabouço probatório carreado aos autos.

4. Não há se falar em ilegalidade na dosimetria, quando devidamente motivada a elevação da pena-base com fundamento em dados concretos dos autos.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 241.637/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 30.10.2012).

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONCUSSÃO. INVIABILIDADE. EXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE MENÇÃO À CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. DESCABIMENTO. SÚMULA 444/STJ. PENA-BASE. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL.

1. O emprego de violência ou grave ameaça é elementar do crime tipificado no art. 158 do Código Penal. Assim, se o funcionário público se utiliza desse meio para obter vantagem indevida, comete o crime de extorsão, e não o de concussão. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

2. Para modificar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessária a revisão das premissas fáticas do acórdão impetrado, bem como do acervo probatório, providências descabidas na via estreita da ação de habeas corpus.

3. Se os antecedentes foram considerados negativos, mas nem a sentença nem o acórdão fizeram menção à existência de condenação criminal transitada em julgado, tem incidência a Súmula 444/STJ.

4. Ordem parcialmente concedida a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e fixar as reprimendas aplicadas ao paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto (HC 149.132/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe 22.8.2011).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 159, § 1º, NA FORMA DO ART. 70, DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO PARA ROUBO TENTADO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA REEXAME APROFUNDADO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DO WRIT.

Não se presta o remédio heróico a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, na pretensão à desclassificação do crime de extorsão mediante seqüestro para o de roubo tentado (Precedentes).

Ordem denegada. (HC 53.845/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 6.11.2006).

Noutro ponto, cumpre destacar que o *habeas corpus* não é a via adequada para o reconhecimento da existência de continuidade delitiva, porque depende da verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à sua aplicação, o que implica o reexame minucioso de todo o conjunto fático-probatório.

Ademais, mesmo que ultrapassado este óbice, o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de não ser possível o reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, tendo em vista que não são delitos da mesma espécie.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO CIRCUNSTANCIADA. DECOTE DAS CAUSAS DE AUMENTO. INVIABILIDADE. PLEITO QUE DEMANDA INEVITÁVEL REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. 3. RECONHECIMENTO DE ROUBO TENTADO. IMPOSSIBILIDADE. CONSUMAÇÃO COM A SIMPLES INVERSÃO DA POSSE. TEORIA DA AMOTIO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. 4. RECONHECIMENTO DE EXTORSÃO TENTADA OU DE CRIME IMPOSSÍVEL. AUSÊNCIA DE SALDO NO BANCO. DESNECESSIDADE DE OBTENÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA. CRIME FORMAL. VERBETE Nº 96/STJ. 5. RECONHECIMENTO DE CONCURSO FORMAL. IMPOSSIBILIDADE. AUTONOMIA DE DESÍGNIOS ASSENTADA PELA CORTE A QUO. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES QUE NÃO SÃO DA MESMA ESPÉCIE. IMPOSSIBILIDADE. 6. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE AUMENTO DO CRIME DE ROUBO. AFRONTA AO ENUNCIADO Nº 443/STJ. 7. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, EM OBSERVÂNCIA AO VERBETE 443/STJ, COM EXTENSÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AO CORRÉU.

(...)

5. Assentando a Corte de origem que as condutas foram praticadas com desígnios autônomos, não há se falar em concurso formal. Da mesma forma, não é possível reconhecer a continuidade delitiva entre o roubo e a extorsão, pois nem ao menos constituem crimes da mesma espécie.

6. Constatando-se que o delito de roubo teve a pena majorada acima do mínimo legal, na terceira fase da dosimetria, com base apenas na quantidade de causas de aumento, deve a fração de aumento ser reduzida, nos termos do que dispõe o verbete nº 443 da Súmula desta Corte.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a fração de aumento do crime de roubo ao mínimo legal, em observância ao enunciado nº 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, com extensão ao corrêu, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal (HC 177.676/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 13.3.2013).

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CRIME CONTINUADO. INVIABILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

7. Ainda que assim não fosse, inexistente manifesta ilegalidade na hipótese, pois não há falar em eventual continuidade delitiva entre roubo e extorsão, porquanto, ainda que possam ser considerados delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie. Precedentes.

8. Habeas corpus não conhecido" (HC 134.960/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26.9.2012).

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO E EXTORSÃO. PLEITO DE UNIFICAÇÃO DE PENAS. CRIME ÚNICO OU CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. MAIS DE UMA AÇÃO. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

1. Para distinguir o concurso material do concurso formal, é imprescindível verificar se o Agente praticou uma ou mais ações, e se atingiu uma ou mais vítimas, com patrimônios únicos ou diversos.

In casu, as instâncias ordinárias - soberanas na análise fático-probatória - concluíram que, embora somente uma vítima tenha sido lesada, a ação não foi única. Por isso, deve entender-se que as condutas foram praticadas em concurso material.

2. A continuidade delitiva é uma ficção jurídica que beneficia o agente, segundo a qual vários delitos cometidos são entendidos como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desdobramento do primeiro, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos.

3. Não há como reconhecer a 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.

4. Ordem de habeas corpus denegada" (HC 162.862/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 21.5.2012).

Quanto ao pleito de afastamento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo, esta Corte Superior tem o entendimento pacífico no sentido de que a incidência desta majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, sobretudo, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.

Nesse contexto, restando comprovado, no caso dos autos, por meio do depoimento da vítima, a utilização de arma de fogo e sendo identificado o paciente como um dos agentes, a ausência de apreensão e posterior perícia da mesma não afasta a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DISPENSABILIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA (NO CASO, FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA). INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO ERESP 961.863/RS DESTA CORTE. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DO PRETÓRIO EXCELSO, NO MESMO SENTIDO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Conforme entendimento pacificado nesta Corte Superior, por ocasião do julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório.

2. Dispõe o art. 167 do Código de Processo Penal que o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios para o exame do corpo de delito, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma.

3. Esta Quinta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o uso de arma no delito de roubo: HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21/06/2010; e HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 12/04/2010, v.g..

4. Ordem de habeas corpus denegada (HC 239.769/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.3.2013).

No que se refere à aplicação da causa de aumento do § 2º do art. 157, a Corte de origem assim se manifestou:

Para o roubo, a pena-base, pelos mesmos fundamentos, deve ser estabelecida um sexto acima do mínimo, perfazendo quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias-multa, no piso. Em razão da presença de duas majorantes (emprego de arma e concurso de agentes), as penas são aumentadas na fração de três oitavos, consoante entendimento jurisprudencial dominante, para resultarem seis anos e cinco meses de reclusão e pagamento de quinze dias-multa mínimos.

Com o advento da Lei nº 9.426/96, que inseriu duas novas causas de aumento de pena no § 2º, do artigo 157, do CP, as frações que podem servir de parâmetro ao aplicador da lei para tal majoração, em situações normais, devem ser redimensionadas, podendo-se, para tanto, adotar, apenas a título de referência, conforme o número de qualificadoras incidentes, a escala crescente seguinte: aumento de um terço (1/3), se presente uma qualificadora; de três oitavos (3/8), se presentes duas; de cinco doze avos (5/12), se presentes três; de onze vinte e quatro avos (11/24), se presentes quatro; e de metade (1/2), se presentes todas. Amplia-se, dessa forma, o espectro de frações possíveis de serem utilizadas pelo julgador, haja vista a existência atual de cinco causas de aumento (fls. 79/80).

Percebe-se, assim que o entendimento do Tribunal a quo está em dissonância com a jurisprudência dominante desta Corte Superior que tem considerado indevida a exasperação da pena acima do mínimo de 1/3, na terceira fase, com base unicamente no número de majorantes. Esse é o teor da Súmula n. 443/STJ, in verbis:

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.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

2. Uma vez estabelecida a pena-base do Paciente, réu primário, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso.

Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.os 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação, fixar a pena em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto. (HC 244.157/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 9.10.2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. 1. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 2. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DO ARTEFATO ATESTADO PELA PALAVRA DA VÍTIMA 3. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) SEM A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA N.º 443, DESTA CORTE. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais. Súmula n.º 444 do STJ.

2. 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.

3. 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 do STJ.

4. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir as penas dos pacientes para 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, bem assim ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, mantendo-se os demais termos da condenação. (HC 198.193/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 11.6.2012).

Assim, verificando-se que a fundamentação utilizada no acórdão recorrido, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elevação da pena na terceira fase de sua aplicação foi unicamente matemática, em razão apenas do número de causas de aumento de pena, necessário o seu redimensionamento para a fração mínima de $1/3$, o que faço desde já.

Na primeira etapa, fica mantida a pena-base estabelecida pelas instâncias ordinárias que, ante a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou-a em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda etapa, não há atenuantes ou agravantes, devendo a pena permanecer nesse patamar.

Por fim, por conta do uso de arma de fogo e do concurso de agentes, majoro a reprimenda em $1/3$ (um terço), totalizando 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 14 (quatorze) dias-multa, penas que torno definitivas por não haver outras circunstâncias modificadoras.

Assim, somadas as penas impostas ao crime de extorsão - 7 (sete) anos de reclusão e 11 (onze) dias-multa - com a do roubo circunstanciado - 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 14 (quatorze) dias-multa - , fica a pena definitiva do paciente estabelecida em 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 25 (dias-multa), deve ser mantido o regime prisional fechado.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, concedo parcialmente a ordem de ofício apenas para, fixada a exasperação decorrente da presença das causas de aumento do uso de arma de fogo e do concurso de pessoas em $1/3$ (um terço), reduzir as penas impostas ao paciente para 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 25 (vinte e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0312142-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 229.767 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10862010 20110000136977 50100522840 522848320108260050

EM MESA

JULGADO: 11/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO SÉRGIO DA CUNHA BARBOSA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Extorsão

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, não conheceu do pedido e concedeu parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.