



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.621 - SP (2013/0131313-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MAJORANTE. ARTIGO 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. ARMA DE FOGO NÃO APREENDIDA. PERÍCIA. POTENCIAL LESIVO. PRESCINDIBILIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Nas hipóteses em que não for possível a apreensão e perícia da arma de fogo, é devida a incidência da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização.

2. No caso vertente, em que a arma não foi localizada com o paciente no momento da abordagem policial, as instâncias ordinárias destacaram que o ofendido relatou a utilização da arma de fogo, fato que foi confirmado por outra testemunha.

4. 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 n. 443/STJ.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir ao mínimo legal o aumento efetuado na terceira etapa da dosimetria, com a readequação da pena final.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de agosto de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.621 - SP (2013/0131313-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JEFFERSON DE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JEFFERSON DE SOUZA, paciente neste *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 2013.0000160392.

Em 18.6.2012, na ação penal n. 0031403-17.2012.8.26.0050, oriunda da 29ª Vara Criminal de São Paulo, o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa, como incurso no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal. O Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a condenação.

Nesta Corte, a Defensoria Pública sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que, para a configuração da causa de aumento decorrente do emprego de arma de fogo, exige-se a apreensão e perícia do instrumento, que ateste seu real potencial ofensivo.

Assere, ainda, que houve exasperação da pena acima do mínimo legal, na terceira fase da dosimetria, com fundamento apenas na quantidade de majorantes do delito de roubo, em descompasso com o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 443 deste Superior Tribunal de Justiça.

Requer, por tais motivos, o afastamento da causa de aumento referente ao emprego de arma e a majoração, na terceira fase da dosimetria, no mínimo legal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem de ofício (fls. 84/87).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.621 - SP (2013/0131313-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MAJORANTE. ARTIGO 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. ARMA DE FOGO NÃO APREENDIDA. PERÍCIA. POTENCIAL LESIVO. PRESCINDIBILIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Nas hipóteses em que não for possível a apreensão e perícia da arma de fogo, é devida a incidência da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização.

2. No caso vertente, em que a arma não foi localizada com o paciente no momento da abordagem policial, as instâncias ordinárias destacaram que o ofendido relatou a utilização da arma de fogo, fato que foi confirmado por outra testemunha.

4. 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 n. 443/STJ.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir ao mínimo legal o aumento efetuado na terceira etapa da dosimetria, com a readequação da pena final.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sob tais premissas, **identifico** suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

I.

Quanto à incidência da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, naquelas hipóteses em que a arma não foi apreendida e periciada, a irresignação não merece prosperar.

Cumpre salientar que, em sessão realizada no dia 13/12/2010, a Terceira Seção deste Superior Tribunal, quando do julgamento dos **EREsp n. 961.863/RS**, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), e Relator para acórdão o Ministro Gilson Dipp, consolidou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, **mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova.**

No mesmo sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE DENUNCIADO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 157, § 2º, I e II, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE PROVAS COLHIDAS EXCLUSIVAMENTE NA FASE INQUISITORIAL. NÃO OCORRÊNCIA. MEDIDA EXCEPCIONAL CUJA PERTINÊNCIA NÃO RESTOU DEMONSTRADA. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I – Contrariamente ao alegado na inicial, verifica-se, da leitura cuidadosa dos autos, que o juízo de piso não condenou o recorrente com base exclusivamente em prova colhida na fase inquisitorial.

II – O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre na situação sob exame.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III – Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que essa qualidade integra a própria natureza do artefato.

IV - A majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial.

V - Recurso a que se nega provimento.

(RHC 122074, Relator. Min. **Ricardo Lewandowski**, 2T, Dje de 5.6.2014)

Deveras, o próprio artigo 167 do Código Penal dispõe que "não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, **a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.**

Assim, naquelas hipóteses em que não for possível a apreensão e perícia da arma de fogo, é devida a incidência da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, **quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização.**

Na hipótese, em que a arma de fogo não foi localizada no momento da abordagem policial, as instâncias ordinárias destacaram que "o ofendido, no entanto, relatou que estava chegando em sua residência, quando foi surpreendido por três indivíduos, um deles de arma em punho, os quais determinaram que ele lhes entregasse as chaves de seu veículo" (fl. 26). Ademais, "nesse sentido, também, foram as declarações prestadas pela testemunha M.G.E.S, mãe da vítima, que [...] inclusive, confirmou o emprego de arma de fogo" (fl. 27).

Portanto, na presença da prova testemunhal, correta a incidência da majorante do emprego de arma.

II.

Em relação ao aumento de pena na terceira fase da dosimetria, constato a flagrante ilegalidade apontada.

O juiz sentenciante, utilizando o critério quantitativo, asseverou que "na terceira, fase, a ocorrência de duas qualificadoras impõe aumento de 3/8 sobre as penas" (fl. 21).

A Corte estadual, por sua vez, manteve o percentual sob os seguintes fundamentos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Finalmente, em razão das majorantes, a reprimenda foi devidamente elevada em 3/8, totalizando 05 anos e 06 meses de reclusão; além do pagamento de 13 dias-multa, no piso, o que não se mostra desarrazoado.

No caso, verifica-se que a exasperação da reprimenda em **3/8**, na terceira fase da dosimetria, foi aplicada tão somente com base na existência de duas majorantes.

Este Superior Tribunal vem reiteradamente decidindo que, diante da caracterização de mais de uma causa de aumento do crime de roubo, o acréscimo da pena acima do mínimo legal permitido (de um terço) deve ser fundamentado em elementos concretos dos autos e não apenas na constatação do número de majorantes.

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada por esta Corte, em seu enunciado n.º 443, *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."

Dessa forma, uma vez que foi utilizado apenas o critério quantitativo para fins de exasperação da reprimenda, na terceira fase da dosimetria, em patamar superior ao mínimo legalmente previsto, tenho como evidenciado o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente.

Passo, pois, à readequação da pena final.

A reprimenda-base do paciente foi estabelecida acima do mínimo legal, em 4 anos e 8 meses de reclusão, além de 11 dias-multa, em decorrência do desfavorecimento das circunstâncias do crime. Na segunda fase, mantenho a redução da reprimenda para o mínimo legal, diante da menoridade relativa do réu. Na terceira etapa, concedo a ordem de ofício, para exasperar a pena no mínimo legal de 1/3, em virtude do emprego de arma e concurso de agentes, resultando a pena definitiva em **5 anos e 4 meses** de reclusão, além de 13 dias-multa. O regime prisional permanece inalterado.

III.

À vista de todo o exposto, não conheço do *habeas corpus*, por entender inadequado o uso do *writ* substitutivo do meio impugnativo próprio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No entanto, dada a evidência da coação ilegal apontada, no tocante à dosimetria da pena, concedo a ordem de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva de **JEFFERSON DE SOUZA** em **5 anos e 4 meses** de reclusão, além de 13 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0131313-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 269.621 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0031403172012 00314031720128260050 20130000160392 31403172012
314031720128260050 5872012

EM MESA

JULGADO: 05/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JEFFERSON DE SOUZA

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 Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.