



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.090 - SP (2014/0210898-5)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CARLOS HIDEKI NAKAGOMI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHEL WILSON RIBEIRO ROSA (PRESO)
PACIENTE : VALMIR BRITO DE ALMEIDA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. MAJORANTE DESCARACTERIZADA. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443 DO STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA 440 DO STJ E SÚMULA 719 DO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

01. As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de não ser admissível *habeas corpus* impetrado em substituição aos recursos previstos nos incisos II e III do art. 105 da Constituição da República (Quinta Turma, HC n. 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi; HC n. 239.999, Rel. Ministra Laurita Vaz; Sexta Turma, HC n. 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura). No entanto, por força de norma cogente nela contida (art. 5º, inc. LXVIII) e também no Código de Processo Penal, cumpre aos tribunais "*expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*" (art. 654, § 2º). Por isso, deve o *habeas corpus* ser processado para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado.

02. O emprego de arma de fogo, ainda que comprovadamente desmuniada, tipifica o crime de roubo, pois, por si só, tem o condão de infligir à vítima "grave ameaça". Todavia, porque ausente a potencialidade lesiva, não há como reconhecer a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal (STJ, HC 169.083/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/02/2011; HC 161.326/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/09/2010).

03. "*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*" (STJ, Súmula 443).

04. De acordo com a Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça, "*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*"; com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, "*a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*".

05. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar as penas aplicada aos pacientes e estabelecer o regime semiaberto para seu cumprimento inicial.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO NEWTON TRISOTTO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.090 - SP (2014/0210898-5)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CARLOS HIDEKI NAKAGOMI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHEL WILSON RIBEIRO ROSA (PRESO)
PACIENTE : VALMIR BRITO DE ALMEIDA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

MICHEL WILSON RIBEIRO e VALMIR BRITO DE ALMEIDA foram condenados, por infração ao art. 157, § 2º, incs. I, II e V, do Código Penal, às penas de 6 (seis) anos de reclusão, a serem cumpridas em regime fechado, e 15 (quinze) dias-multa, e, ainda, ao ressarcimento no valor do dano (fls. 22/36).

Inconformada com o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento apenas parcial à apelação interposta pelos réus, "*para afastar a indenização fixada como ressarcimento em favor da vítima*" (fls. 80/86).

A Defensoria Pública daquela unidade federativa impetrou em favor deles, nesta Corte, o *habeas corpus* em exame, sustentando em síntese que: **a)** "*é pacífico o entendimento nos tribunais superiores no sentido de que a arma sem munição não majora o delito de roubo*"; **b)** "*por no caso em tela não existir fundamentação idônea a justificar a aplicação da fração eleita para majorar a pena, a fração deve ser de 1/3, observando-se a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça*"; **c)** "*se os pacientes são primários e ostentam bons antecedentes, sendo as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis, é viável que seja fixado o regime menos gravoso que o fechado*" (fls. 01/09).

A Ministra Regina Helena Costa, então Relatora, indeferiu a liminar postulada (fls. 92/94).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo "*não conhecimento do habeas corpus ou, sucessivamente, por sua denegação*" (fls. 120/125).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.090 - SP (2014/0210898-5)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CARLOS HIDEKI NAKAGOMI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHEL WILSON RIBEIRO ROSA (PRESO)
PACIENTE : VALMIR BRITO DE ALMEIDA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

01. Na ementa do acórdão relativo ao *Habeas Corpus* n. 277.224/RS, julgado em 02/10/2014, assentei:

"As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de não ser admissível *habeas corpus* impetrado em substituição aos recursos previstos nos incisos II e III do art. 105 da Constituição da República (Quinta Turma, HC n. 277.152, Min. Jorge Mussi; HC n. 239.999, Min. Laurita Vaz; Sexta Turma, HC n. 275.352, Min. Maria Thereza de Assis Moura). No entanto, por força de norma cogente nela contida (art. 5º, inc. LXVIII) e também no Código de Processo Penal (art. 654, § 2º), cumpre aos Tribunais '*expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*'" (DJe 14/10/2014).

O precedente se aplica ao caso em exame.

Não há como conhecer do *habeas corpus*, pois impetrado em substituição a recurso previsto na Constituição da República (art. 105). Porém, na petição inicial, é afirmado que os pacientes sofrem constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção. Por isso, deve o *habeas corpus* ser processado para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado.

02. Está inscrito na sentença e no acórdão impugnados, respectivamente:

"A causa especial de aumento de pena referente ao emprego de arma deve ser reconhecida. Além da apreensão (fls. 41/43), a vítima foi categórica ao afirmar que o réu Valmir estava armado. O laudo pericial constatou a eficácia da arma apreendida (fls. 118). Pouco importa se ela estava municiada ou não" (fl. 31).

"Quanto à dosimetria, as penas para MICHEL e VALMIR foram fixadas no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, tendo sido reconhecida a atenuante da confissão, sem alteração das básicas por força do disposto na Súmula 231, do C. Superior Tribunal de Justiça.

Pelas qualificadoras dos incisos I, II e V, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, a pena foi aumentada da metade, tornando-se, assim, definitiva, ausentes outras causas atenuantes ou agravantes, nem de diminuição ou aumento.

Anote-se que antes do advento da Lei nº 9.426/96, as causas de aumento da pena do roubo se reduziam a três. Assim, a jurisprudência havia firmado entendimento de que havendo uma única causa de aumento, a majoração se dava de 1/3 (um terço). Havendo duas, em 2/5. Por fim, com a presença das três é que o aumento seria de 1/2.

Com a nova lei, as causas de aumento passaram a ser em número de cinco. E, se aplicado um critério puramente matemático, os aumentos teriam que ser de 1/3 (um terço), 3/8 (três oitavos), 5/12 (cinco doze avos), 11/24 (onze e vinte quatro avos) e 12/24 ou 1/2 (metade), de acordo com o número de causas verificadas.

Todavia, tal critério segue o sentido oposto ao objetivo do legislador. A reforma veio exatamente para endurecer o tratamento penal para o autor do roubo e não para lhe beneficiar. Adotando o critério matemático, estaria havendo benefício ao agente, o que não era o desejo do legislador.

Assim, observo que o correto é que se continue adotando o critério anterior, com a ressalva de que presentes três ou mais causas de aumento, a exasperação deve ser no grau máximo, ou seja, metade.

Com acerto, pois, decidiu o i. Magistrado *a quo*.

As reprimendas impediram a substituição da carcerária por restritivas de direito e a suspensão condicional da pena.

O regime fechado para cumprimento da pena imposta é o único adequado face ao Princípio da Suficiência, por se tratar de crime grave, cometido em concurso de agentes e emprego de arma de fogo restrição da liberdade da vítima, delito que intranquiliza a população ordeira nos dias de hoje, conforme entendimento uníssono nesta C. Câmara, em razão do que não há afronta às Súmulas 718 e 719, do Colendo Supremo Tribunal Federal" (fls. 84/86).

Repito: assevera a impetrante que:

a) *"é pacífico o entendimento nos tribunais superiores no sentido de que a arma sem munição não majora o delito de roubo";*

b) *"por no caso em tela não existir fundamentação idônea a justificar a aplicação da fração eleita para majorar a pena, a fração deve ser de 1/3, observando-se a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça";*

c) *"se os pacientes são primários e ostentam bons antecedentes, sendo as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis, é viável que seja fixado o regime menos gravoso que o fechado".*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

02. Quanto ao crime de roubo com emprego de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I), o Supremo Tribunal Federal e esta Corte têm decidido que:

I) "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" (STF, Segunda Turma, HC 122.074/SP, Min. Ricardo Lewandowski, DJe em 20/05/2014; Primeira Turma, HC 104.722, Min. Luiz Fux, DJe em 11/10/2011; HC n. 98.227, Rel. Ministro Carlos Britto, DJE 07/08/2009);

II) "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" (STJ, Terceira Seção, EREsp 961.863/RS, Ministro Gilson Dipp, DJe em 13/12/2010; STF, Segunda Turma, RHC 115.077, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe em 06.08.2013; HC 109.547/RS, Primeira Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 13/03/2012);

III) "Havendo a apreensão da arma utilizada para a prática delitiva e constatada a ausência de potencialidade lesiva – o que acontece quando a arma está desmuniada – não pode haver a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal" (STJ, Sexta Turma, HC 170.811/SP, Rel. Ministro Og Fernandes; HC 161.326/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura; Quinta Turma, HC 169.083/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi; HC 212.666/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz);

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" (STF, Pleno, HC 96.099/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 05/06/2009; STJ, Quinta Turma, HC 115.594/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Filho, DJe 19/12/2008);

V) "O crime de roubo, quando cometido mediante o emprego de arma branca ou de brinquedo, 'merece ser diferenciado daquele praticado com a utilização da arma de fogo, por se tratar de instrumento com maior capacidade de intimidação e de destruição, em que a gravidade concreta se mostra apta a ensejar a aplicação do regime mais severo' (REsp 1431819, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Dje 11/04/2014)" (HC 293.496/SP, Rel. Ministro Gurgel de Farias, Quinta Turma, DJe 14/11/2014);

VI) "A Terceira Seção desta Corte firmou entendimento de que o uso de arma de brinquedo na prática do delito de roubo não acarreta a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, cancelando, assim, o enunciado n.º 174 da Súmula do STJ" (STJ, Sexta Turma, HC 228.827/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18/06/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À luz da jurisprudência dominante e da premissa de que o réu praticou o roubo com o emprego de arma de fogo desmuniada – fato reconhecido na sentença (fl. 181) e amparado em laudo pericial –, impõe-se a concessão da ordem, de ofício, para, afastada a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, redimensionar as penas e estabelecer o regime para seu cumprimento.

03. Encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que:

I) "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" (STJ, Súmula 443);

II) "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" (STJ, Súmula 440);

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

As Súmulas não foram observadas pelo Tribunal *a quo*.

Nesse contexto, concedo o *habeas corpus* para redimensionar as penas e quanto ao regime prisional, conforme segue:

a) mantenho as penas fixadas na primeira e na segunda etapas da dosimetria – 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na terceira fase, ante o concurso de pessoas e restrição da liberdade das vítimas (CP, art. 157, § 2º, incs. II e V), aumento as penas em 1/3 (um terço), totalizando, assim, 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

b) estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade (CP, art. 33, § 2º, alínea "b").

04. À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. De ofício, concedo a ordem para: redimensionar as penas aplicadas aos pacientes e estabelecer o regime semiaberto para seu cumprimento.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0210898-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 302.090 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00521972220128260224 18662012 20140000202883 521972220128260224

EM MESA

JULGADO: 05/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CARLOS HIDEKI NAKAGOMI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MICHEL WILSON RIBEIRO ROSA (PRESO)
PACIENTE	: VALMIR BRITO DE ALMEIDA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.