



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.068 - SP (2011/0029384-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ANTONIO MAFFEZOLI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON FLÁVIO CORREIA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : SAMUEL MODICA D SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA NÃO APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DOS FATOS E FUNDAMENTOS SUSCITADOS PELA DEFESA NA APELAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA.

1. O julgador não está obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pela defesa, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte. Precedentes.

2. No caso dos autos, diante das conclusões exaradas no acórdão proferido, mostrou-se prescindível o pronunciamento expresso sobre a vislumbrada ocorrência de violação ao sistema acusatório, tampouco acerca da aventada impossibilidade de condenação dos pacientes pelo delito de roubo consumado, já que a fundamentação lançada pelo Tribunal de origem se revelou suficiente para refutá-las como um todo.

ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DENÚNCIA QUE TIPIFICA O CRIME IMPUTADO AOS PACIENTES COMO TENTADO. MAGISTRADO QUE PROFERE SENTENÇA CONSIDERANDO A PRÁTICA DO DELITO NA FORMA CONSUMADA. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA. *EMENDATIO LIBELLI*. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCONSTITUCIONALIDADE JAMAIS RECONHECIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ILEGALIDADE INEXISTENTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Na hipótese, a denúncia narrou que os pacientes lograram sair do estabelecimento com os bens roubados, tendo sido capturados posteriormente pelos policiais militares que foram chamados pelas vítimas.
2. Não há ilegalidade no procedimento adotado pelo magistrado de origem, que condenou os pacientes pelo crime de roubo consumado, já que, nos exatos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, o Juízo pode atribuir definição jurídica diversa aos fatos contidos na inicial, desde que não os modifique, ainda que, por consequência, tenha que aplicar pena mais grave.
3. O artigo 385 do Código de Processo Penal, que prevê que "*nos crimes de ação penal pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição*", jamais teve a sua inconstitucionalidade reconhecida pelos Tribunais Superiores, sendo reiteradamente aplicado por este Sodalício. Precedentes.
4. Não há ilegalidade na condenação dos pacientes pelo crime de roubo consumado, quando o Ministério Público oferece denúncia e sustenta nas alegações finais que o delito teria sido praticado na forma tentada.
5. O entendimento firmado pelas instâncias de origem está de acordo com o sufragado nesta Corte Superior de Justiça, pelo qual o crime de roubo, assim como o de furto, se consuma quando o agente obtém a posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessário que esta se dê de forma mansa e pacífica.

EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO ARTEFATO. SUFICIÊNCIA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. MANUTENÇÃO DO REGIME FIXADO. EIVA NÃO CARACTERIZADA.

1. A Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou entendimento no sentido de que, para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EREsp 961.863/RS).
2. Mantida a condenação dos pacientes pelo crime de roubo duplamente circunstanciado e consumado, inviável a fixação do regime aberto para o cumprimento das reprimendas, pois acima de 4 (quatro) anos de reclusão.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Brasília (DF), 16 de abril de 2013. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.068 - SP (2011/0029384-6)

IMPETRANTE : ANTONIO MAFFEZOLI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON FLÁVIO CORREIA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : SAMUEL MODICA D SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de WELLINGTON FLÁVIO CORREIA DA SILVA e SAMUEL MODICA DA SILVA, apontando como autoridade coatora a 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento à Apelação n. 990.08.174054-0, interposta pela defesa, apenas para alterar o regime inicial de cumprimento de pena fixado ao paciente Wellington do fechado para o semiaberto, mantida, no mais, a sentença que os condenou pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, combinado com o artigo 71, ambos do Código Penal.

Sustenta o impetrante que os pacientes seriam vítimas de constrangimento ilegal, sob o argumento de que no aresto objurgado não teria sido analisado a tese defensiva de violação ao sistema acusatório.

Afirma que o órgão ministerial teria denunciado os pacientes e, ao final da instrução processual requerido a sua condenação pelo crime de roubo tentado, tendo o magistrado de origem considerado que o delito teria sido praticado na modalidade consumada, o que revelaria violação à separação das funções constitucionais atribuídas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, bem como às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Aduz que embora os pacientes tenham sido condenados pela prática de roubo consumado, a denúncia teria descrito o referido delito na sua modalidade tentada, tese inclusive sustentada pela defesa nas suas razões recursais, que também teria deixado de ser apreciada pelo Tribunal de Justiça Estadual, em violação ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Entende ser indevido o reconhecimento da majorante prevista no artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

157, § 2º, inciso I, do Código Penal, em razão da ausência de apreensão e perícia da arma de fogo, o que colocaria em dúvida a sua potencialidade lesiva.

Argumenta que reconhecida a prática do crime de roubo na sua modalidade tentada e afastada a causa especial de aumento pelo emprego de arma, deveria ser fixado o regime aberto para o cumprimento de pena, tendo em vista que as reprimendas ficariam aquém de 4 (quatro) anos de reclusão, sendo que as circunstâncias judiciais seriam favoráveis aos pacientes e a reincidência, por si só, não poderia ensejar a imposição do modo mais gravoso.

Requer a concessão da ordem para que sejam corrigidas as ilegalidades apontadas.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 67/68.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 78/79), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 136/141, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.068 - SP (2011/0029384-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a declaração de nulidade do aresto objurgado, ou o reconhecimento da modalidade tentada do delito de roubo; o afastamento da causa de aumento referente prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal; bem como a fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda imposta aos pacientes.

Prefacialmente, cumpre assinalar que o pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, hipóteses incorrentes na espécie.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Esse Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de que o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização dessa ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, que é o *habeas corpus*, de forma a não mais admitir que seja empregada para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, **exatamente como**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorre no caso em exame.

Cumpre observar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa, mas tal argumento não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in judicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Segundo consta dos autos, os pacientes foram acusados de praticar o crime de roubo tentado, extraído-se da denúncia os seguintes trechos:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial, de nº 496/08, que no dia 23 de maio de 2008, por volta das 18h50, numa loja de roupas situada na Avenida das Nações Unidas, 1.340, Vila Margarida, nesta comarca, SAMUEL MODICA DA SILVA, qualificado a fls. 8, e WELLINGTON FLÁVIO CORREIA DA SILVA, qualificado a fls. 9, agindo de comum acordo e com o mesmo propósito, subtraíram para si, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, oito calças, onze bermudas, oito camisas, um casaco e cinco moletons, roupas estas pertencentes a Izaumira dos Santos Silva e avaliadas, no total, em R\$ 1.580,00 (v. auto de avaliação juntado a fls. 13); subtraíram, além de tais coisas móveis, um aparelho de telefonia celular da marca LG, avaliado em R\$ 100,00 (v. auto supracitado) e pertencente a Valéria Alves Siqueira.

Os indiciados entraram na loja, WELLINGTON empunhando uma arma de fogo, e dominaram as vítimas Izaumira e Valéria; a seguir, efetuaram a subtração das coisas móveis já referidas e se evadiram, numa motocicleta.

Acontece, porém, que as vítimas, logo em seguida, notificaram o roubo a policiais militares que passaram por ali, com uma viatura, em rotineiro serviço de patrulhamento, apontando os indiciados como autores da infração penal, os policiais militares, sem demora, puseram-se no encalço dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assaltantes, logrando prendê-los em flagrante. Com a prisão dos indiciados foram recuperadas todas as coisas subtraídas." (e-STJ fl. 53).

Sobreveio sentença na qual o paciente SAMUEL foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, além do pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, e o paciente WELLINGTON à sanção de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, bem como ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, tendo-lhes sido imposto o regime fechado para o resgate das reprimendas impostas.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o Tribunal Estadual dado parcial provimento ao recurso apenas para modificar o regime inicial de resgate da pena, em aresto que restou assim ementado:

"ROUBOS QUALIFICADOS-Autoria e materialidade delitivas perfeitamente demonstradas - Prova robusta a admitir a condenação dos réus - Fixação do regime semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade para o corréu Wellington - Recurso provido em parte." (e-STJ fl. 18).

No tocante à alegada negativa de prestação jurisdicional e à suposta violação à garantia prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, já que a autoridade apontada como coatora não teria analisado as teses defensivas de violação ao sistema acusatório e de impossibilidade de condenação dos pacientes pelo crime de roubo consumado, constata-se que o pleito não merece prosperar.

Como é cediço, o julgador não é obrigado a rebater cada uma das teses aventadas pela defesa ao proferir decisão nos autos, bastando que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte, exatamente como se deu na hipótese em análise.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci esclarece que *"não se configura lacuna na decisão o fato do juiz deixar de comentar argumento levantado pela parte, pois, no contexto geral do julgado, pode estar nítida a sua intenção de rechaçar todos eles"* (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 686/687).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na mesma esteira são os julgados desta Corte Superior de Justiça:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. (...) EXAURIMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS DA DEFESA. NÃO OBRIGATORIEDADE. ORDEM DENEGADA.

(...)

X. Embora seja necessário que o Magistrado aprecie todas as teses ventiladas pela defesa, torna-se despicienda a menção expressa a cada uma das alegações, se o conjunto dos fundamentos as refuta como um todo, hipótese dos autos. (Precedente).

XI. Ordem denegada.

(HC 148.875/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2011, DJe 14/03/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. (...) OMISSÃO NA ANÁLISE DAS PROVAS TRAZIDAS PELA DEFESA. INOCORRÊNCIA. MERA TESE DE INOCÊNCIA. (...) WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO.

(...)

3. Os julgadores não são obrigados a responder todas as questões e teses deduzidas em juízo, sendo suficiente que exponham os fundamentos que embasam a decisão, como ocorreu na espécie.

(...)

8. Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado.

(HC 112.279/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 17/12/2010)

Por conseguinte, diversamente do que consignado na inicial do *mandamus*, não se fazia necessário que o Tribunal de origem se pronunciasse expressamente sobre a vislumbrada ocorrência de violação ao sistema acusatório, tampouco acerca da aventada impossibilidade de condenação dos pacientes pelo delito de roubo consumado, bastando que apresentasse fundamentação suficiente para refutá-las como um todo, tal como foi, de fato, feito, conforme se infere do seguinte excerto do acórdão objurgado:

"Não tem razão de ser, em primeiro lugar, a preliminar arguida pois, conforme se observa da denúncia de fls. 02, nela já se encontra adequadamente descrito os crimes de roubos consumados em concurso, carecendo de relevo que o representante do Ministério Público de primeiro grau tenha consignado a existência do 'conatus', pois como bem se manifestou expressamente a Douta Procuradoria Geral de Justiça:

'... Após o desapossamento e a fuga, não se pode mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cogitar de tentativa, devendo ser acolhida a Jurisprudência trazida à colação na r. sentença.

Incidu na espécie o artigo 383 do Código de Processo Penal, visto que a denúncia é clara no sentido de que ocorreram o desapossamento e a fuga. A prisão em flagrante nem sempre afasta a consumação até porque o locupletamento não é um dos elementos do crime em exame.' (fls. 171)." (fl. 19.)

Melhor sorte não socorre o impetrante no que se refere à necessidade de reconhecimento da modalidade tentada dos roubos imputados aos pacientes.

Como visto, o órgão ministerial descreveu, na inicial acusatória, que os pacientes teriam subtraído diversos bens pertencentes às vítimas, a quais acionaram a polícia, que logrou prendê-los em flagrante momentos depois.

O Ministério Público, tanto na denúncia (e-STJ fls. 53/54), quanto em sede de alegações finais (e-STJ fls. 83/85), entendeu que tal conduta consubstanciaria o crime de roubo tentado.

Ao prolatar o édito repressivo, o magistrado de origem vislumbrou a necessidade de atribuir aos fatos narrados na denúncia definição jurídica diversa daquela indicada pelo órgão acusatório, aplicando, por conseguinte, o instituto da *emendatio libelli*:

"A respeitável denúncia, data maxima venia, na verdade imputa aos réus e expressamente descreve, embora capitulando-os como meramente tentados, dois crimes de roubo consumados, na medida em que imputa terem os réus não só chegado a efetivamente subtrair e apossar-se das mercadorias da loja e do celular da vítima Valéria, como tendo fugido em uma motocicleta, vindo a ser presos somente porque, circunstancialmente, por ali passavam policiais que, indo no encalço dos ladrões, os alcançaram e prenderam (fls. 1d/2d).

Não foram diversos os relatos vitimários, que elucidaram, adicionalmente, que os réus chegaram a virar uma esquina e já iam longe quando a Polícia foi chamada, vindo a serem presos distantes já quatro quadras do local, uns dois ou três minutos após (fls. 61 e 66).

Como é sabido, por ser elementar e cediço, o réu defende-se dos fatos que lhe são atribuídos na denúncia, ainda que implicitamente, e não da capitulação desses fatos, pelo Promotor de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A hipótese ora em tela, destarte, é a do artigo 383 do Código Penal (emendatio libelli) e não a do artigo 384, § único, do mesmo Código.

(...)

O tão só apossamento compulsório, à força de graves ameaças, já define a consumação do delito.

Tal entendimento, mais lógico e conforme o texto da lei em razão da natureza complexa do crime de roubo, é o único consentâneo com a imperiosidade de uma severa repressão à hodierna criminalidade violenta, que já de há muito se distanciou dos parâmetros inspiradores das correntes doutrinárias tradicionais, Hungria à frente, que remontam à realidade do início dos anos quarenta.

Assim, considera-se consumado o crime de roubo no momento em que o agente se torna possuidor da res furtiva mediante grave ameaça ou violência, ainda que não obtenha a posse tranqüila do bem, sendo prescindível que saia da esfera de vigilância da vítima.

(...)

No caso presente, os réus não só constrangeram as vítimas com ameaças e armas, mas dela subtraíram coisas. Assim, consumaram não só o delito de constrangimento ilegal como o de furto, integradores dos crimes complexos que ora se lhes imputa, de roubo.

Destarte, com a devida vênia, não houve meras tentativas, mas sim roubos, tal como descrito e imputado na r. denúncia.

Pela forma consumada dos delitos, portanto, os réus serão condenados." (e-STJ fls. 26/29).

Da análise da motivação transcrita, constata-se que o procedimento adotado pelo Juízo singular está de acordo com o disposto no *caput* do artigo 383 do Código de Processo Penal, que se encontra assim redigido após as alterações promovidas pela Lei 11.719/2008:

"Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave."

Isso porque constou expressamente da denúncia que os pacientes chegaram a sair do estabelecimento com as mercadorias e o celular subtraídos, tendo sido presos momentos depois, em outra localidade, após serem encontrados pela polícia, que foi acionada pelas vítimas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, tendo o togado singular pura e simplesmente atribuído definição jurídica diversa aos fatos devidamente narrados na inicial acusatória, não se pode falar em cerceamento de defesa, tampouco em violação ao princípio do contraditório, uma vez que o acusado se defende das condutas que lhe são imputadas na peça vestibular, e não da capitulação jurídica a elas dada pelo Ministério Público.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila a lição de Guilherme de Souza Nucci, que esclarece o que significa a nova classificação dos fatos que pode ser conferida pelo magistrado na *emendatio libelli*:

"Definição jurídica do fato: é a tipicidade, ou seja, o processo pelo qual o juiz subsume o fato ocorrido ao modelo legal abstrato de conduta proibida. Assim, dar a definição jurídica do fato significa transformar o fato ocorrido em juridicamente relevante. (...) Portanto, neste artigo, o que o juiz pode fazer, na fase da sentença, é levar em consideração o fato narrado pela acusação na peça inicial (denúncia ou queixa), sem se preocupar com a definição jurídica dada, pois o réu se defendeu, ao longo da instrução, dos fatos a ele imputados e não da classificação feita. O juiz pode alterá-la, sem qualquer cerceamento de defesa, pois o que está em jogo é a sua visão de tipicidade, que pode variar conforme o seu livre convencimento. (...) É a chamada *emendatio libelli*." (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 689).

Na mesma esteira são os julgados desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DOS DELITOS TIPIFICADOS NOS ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/06, APESAR DE DENUNCIADO SOMENTE POR ESTE ÚLTIMO. EMENDATIO LIBELLI. ART. 383 DO CPP. FATO DEVIDAMENTE DESCRITO NA DENÚNCIA. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Dispõe o art. 383 do CPP que o Juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

(...)

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC 182.342/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 13/12/2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. SUBTRAÇÃO DE BENS DE QUATRO VÍTIMAS. TENTATIVA DE MATAR TRÊS DELAS. RÉU DENUNCIADO POR TRÊS TENTATIVAS DE LATROCÍNIO E UM ROUBO. CONDENAÇÃO POR QUATRO TENTATIVAS DE LATROCÍNIO. MESMA DESCRIÇÃO DOS FATOS. DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA. EMENDATIO LIBELLI. ART. 383 DO CPP. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. Se as circunstâncias dos delitos narradas na denúncia e consideradas na sentença condenatória são as mesmas (subtração de bens de quatro pessoas e tentativa de matar três delas), mas apenas a tipificação dos crimes foi alterada, a hipótese é de emendatio libelli, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, não de mutatio libelli (art. 384 do CPP).

3. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, não da capitulação legal a eles atribuída pelo Ministério Público.

(...)

5. Ordem denegada.

(HC 89.232/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/08/2010, DJe 13/09/2010)

E, com idêntica orientação, confirmam-se os julgados do Supremo Tribunal

Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RITO COMUM ORDINÁRIO. RECAPITULAÇÃO DOS FATOS PELO MAGISTRADO. EMENDATIO LIBELLI. DESNECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIA QUE BEM NARROU OS FATOS ENSEJADORES DA CONDENAÇÃO. (...) ORDEM DENEGADA. 1. Na concreta situação dos autos, a inicial acusatória tratou explicitamente de todos os fatos ensejadores da condenação do paciente. Fatos, todavia, que receberam do Juízo processante classificação jurídica diversa daquela efetuada pelo órgão de acusação, o que se coaduna com o art. 383 do Código de Processo Penal. Pelo que o caso é mesmo de emendatio libelli (correção da inicial) e não de mutatio libelli (alteração do próprio fato imputado ao acusado). (...) 3. Ordem indeferida.

(HC 94443, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 29/06/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-01 PP-00198 RSJADV nov., 2010, p. 37-41)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO EM CONCURSO DE PESSOAS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E DE DENÚNCIA ALTERNATIVA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Fato descrito na denúncia em sintonia com o fato pelo qual o réu foi condenado. 2. A circunstância de não ter a denúncia mencionado o art. 13, §2º, a, do Código Penal é irrelevante, já que o acusado se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defende dos fatos narrados e não da capitulação dada pelo Ministério Público. 3. O juiz pode dar aos eventos delituosos descritos na inicial acusatória a classificação legal que entender mais adequada, procedendo à emenda na acusação (emendatio libelli), sem que isso gere surpresa para a defesa. 4. A peça inicial acusatória, na forma redigida, possibilitou ao Paciente saber exatamente os fatos que lhe eram imputados, não havendo que se falar em acusação incerta, que tivesse dificultado ou inviabilizado o exercício da defesa. 5. Ordem denegada.

(HC 102375, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 29/06/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-04 PP-00721 RT v. 99, n. 902, 2010, p. 522-527)

Por conseguinte, estando narrado na denúncia que os pacientes lograram sair do estabelecimento com os bens subtraídos mediante o emprego de grave ameaça, os quais foram posteriormente capturados pelos policiais militares acionados pelas vítimas, e tendo o Juízo singular considerado tal fato para condená-los pelo delito previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, na forma consumada, não se vislumbra qualquer irregularidade a ser corrigida por esta Corte Superior de Justiça.

Por outro lado, é imperioso frisar que o artigo 385 do Código de Processo Penal, que prevê que "*nos crimes de ação penal pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição*", jamais teve a sua inconstitucionalidade reconhecida pelos Tribunais Superiores, sendo reiteradamente aplicado por este Sodalício, consoante os precedentes abaixo colacionados:

HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – ALEGAÇÕES FINAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA ABSOLVIÇÃO – ARTIGO 385, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO – AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO JUIZ – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE – WRIT DENEGADO.

1- A decisão do Juiz não é vinculada pelas alegações finais apresentadas pelo Ministério Público, podendo ele condenar o réu, mesmo quando o Parquet opina pela absolvição.

2- Havendo provas para julgar o feito, condenando o réu, o Juiz não deve se atrelar à opinião do Ministério Público, quando este requer a absolvição.

3- O habeas corpus não é o meio adequado para análise de pedido de absolvição, posto que não é possível a incursão nas provas dos autos.

4- Writ denegado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 84001/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 1)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE NÃO VINCULA O JULGADOR. ART. 385 DO CPP. (...). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O julgador não está vinculado à manifestação do Ministério Público que, em sede de alegações finais, requer a absolvição do acusado. Precedentes.

(...)

4. Ordem parcialmente concedida apenas para fixar o regime semi-aberto para o início de cumprimento da condenação imposta ao paciente.

(HC 76930/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 314)

Desse modo, inexistente ilegalidade na condenação dos pacientes pelo crime de roubo consumado, embora tenha o Ministério Público ofertado denúncia e requerido a condenação nas alegações finais pelo referido delito na forma tentada.

Ademais, deve-se frisar que a sentença condenatória e o aresto que a confirmou adotaram compreensão que está de acordo com a posição deste Superior Tribunal de Justiça, pela qual o crime de roubo, assim como o de furto, se consuma quando o agente obtém a posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessário que esta se dê de forma mansa e pacífica.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBOS. CONSUMAÇÃO. OCORRÊNCIA. DESNECESSÁRIA A POSSE MANSA E PACÍFICA. (...) HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Considera-se consumado o crime de roubo no momento em que o agente obtém a posse da res furtiva, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes do STJ e do STF.

(...)

5. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda imposta.

(HC 173.735/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ROUBO MAJORADO. TENTATIVA. ALMEJADO RECONHECIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. POSSE MANSA E PACÍFICA. DESNECESSIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

4. Segundo jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, consuma-se o crime de roubo com a simples posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessária que esta se dê de forma mansa e pacífica, sendo inclusive prescindível que o objeto do delito saia da esfera de vigilância da vítima.

5. In casu, como bem destacou o magistrado processante por ocasião da prolação da sentença "estando provado que o agente, após subtrair o bem da vítima, evadiu-se, e, somente foi abordado por ela a um quarteirão do local, configurado está o crime de roubo na sua forma consumada" (e-fls.159/166).

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 241.325/MG, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 25/10/2012)

Da mesma forma, o Pretório Excelso já decidiu:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO CONSUMADO X FURTO TENTADO. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE TENTADA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de habeas corpus. 2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, para a consumação do crime de roubo, basta a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse do objeto do delito, ainda que retomado, em seguida, pela perseguição imediata 3. Habeas corpus denegado.

(HC 98162, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)

Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. MOMENTO CONSUMATIVO. AGENTE PRESO EM FLAGRANTE, DIRIGINDO O VEÍCULO, MAIS DE TRINTA MINUTOS DEPOIS DA RENDIÇÃO DA VÍTIMA. DELITO CONSUMADO. ORDEM DENEGADA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende desnecessária a posse mansa e pacífica da coisa subtraída pelo agente para a consumação do delito de roubo. 2. No caso, a prisão em flagrante do paciente ocorreu após a cessação da grave ameaça de que se valeu para reverter a posse do bem subtraído. Paciente que foi preso, dirigindo o veículo subtraído, em outro bairro da cidade, mais de trinta minutos depois da rendição da vítima. 3. Ordem denegada.

(HC 110642, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*julgado em 29/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058
DIVULG 20-03-2012 PUBLIC 21-03-2012)*

Por sua vez, se revela improcedente o pleito de afastamento da causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, ante a alegada ausência de apreensão e perícia da arma de fogo utilizada na prática do crime.

É que a questão referente à legalidade ou não da manutenção da causa agravadora da pena, quando a arma de fogo não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, findou dirimida neste Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EResp 961.863/RS, no dia 13.12.2010, pela sua Terceira Seção, que rejeitou os embargos de divergência, em acórdão lavrado pelo Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp, assim ementado:

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 961863/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011.)

Assim, restou confirmada a orientação que já vinha sendo seguida por esta Quinta Turma, pacificando nesse Superior Tribunal a questão referente à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legalidade da aplicação da causa de especial aumento de pena do inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, mesmo não tendo sido apreendida e periciada a arma de fogo empregada no roubo, a fim de comprovar o seu poder vulnerante, quando existirem nos autos elementos de prova a atestar o seu efetivo emprego, não havendo, portanto, falar em constrangimento ilegal na hipótese dos autos.

Aliás, pode-se verificar que o magistrado singular reputou devidamente comprovada a utilização da arma de fogo, conforme se infere do seguinte excerto do édito repressivo:

"Bem e seguramente provado que uma arma de fogo foi usada para a intimidação das vítimas, exigir-se apreensão e perícia da arma, equivale a descumprir a determinação do legislador - nem mais, nem menos.

E isso mesmo pelas razões pretensamente sócio políticas que embasam os raciocínios auto-proclamados 'modernos' no sentido de que sem demonstração técnica de capacidade lesiva da arma seria injusta a agravação da pena do roubo pelo seu uso, é exigir o que o legislador não exigiu; é impedir que a Lei seja aplicada conforme disposta; e, mesmo, em afronta ao sagrado princípio constitucional da isonomia, é equiparar e dar tratamento igual, a situações diversas.

No caso, enfim, o que importa é considerar que, como já visto, ambas as vítimas relataram que o réu Wellington usou arma de fogo para dominá-las e, roubá-las, em ação conjunta com Samuel, enquanto este cuidava da rapina (fls. 59/68)." (e-STJ fl. 25).

Nesse contexto, e verificando-se que na hipótese em exame o Juízo da condenação apoiou-se no relato das vítimas para comprovar a utilização de arma de fogo no delito perpetrado, não se pode dizer que incorreu em constrangimento ilegal, não havendo como excluir da condenação a causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do artigo 157, pois, além de comprovada nos autos, o poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, ou seja, sustente ausência de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar a vítima, provar tal evidência, nos termos do contido no artigo 156 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu na espécie.

Finalmente, mantida a condenação dos pacientes pelo crime de roubo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

duplamente circunstanciado e consumado, inviável a fixação do regime aberto para o cumprimento das reprimendas, pois restaram fixadas acima de 4 (quatro) anos de reclusão.

Não se constatando, portanto, nenhuma ilegalidade no acórdão proferido pelo Tribunal de origem que justifique a atuação de ofício desta Corte Superior de Justiça, **não se conhece** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0029384-6

HC 197.068 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4962008 990081740540

EM MESA

JULGADO: 16/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ODIM BRANDÃO FERREIRA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANTONIO MAFFEZOLI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WELLINGTON FLÁVIO CORREIA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	: SAMUEL MODICA D SILVA (PRESO)

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."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).