



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.846 - SP (2010/0065308-9)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : YANKO OLIVEIRA CARVALHO BRUNO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON DOS SANTOS RIBEIRO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA GARANTIDA. PRETENDIDA A EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. CONCESSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS EXTENSIVOS AOS CORRÉUS.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Mantida a decisão que afastou a inépcia da denúncia que preencheu os requisitos do art. 41 do CPP, com a individualização das condutas, descrição dos fatos e classificação dos crimes, de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa.
3. Na esteira do entendimento firmado pela Terceira Seção desta Eg. Corte, à oportunidade do julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, para que fique caracterizada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não é necessária a apreensão e perícia da arma, desde que, por outros meios de prova, fique evidenciado o seu emprego.
4. Configura constrangimento ilegal a imposição do regime mais gravoso ao paciente primário, sem motivação concreta, em virtude, unicamente, da gravidade abstrata do delito de roubo majorado. Inteligência das Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.
5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para fixar regime semiaberto, com efeitos extensivos aos corréus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, com extensão aos corréus Jean da Silva Ribeiro e Paul Richard dos Santos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.846 - SP (2010/0065308-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : YANKO OLIVEIRA CARVALHO BRUNO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WASHINGTON DOS SANTOS RIBEIRO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso, impetrado pela Defensoria Pública em favor de Washington dos Santos Ribeiro, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Afirma que a denúncia é inepta, porquanto não trouxe a descrição da conduta do paciente, acarretando violação ao princípio da ampla defesa.

Sustenta a exclusão da causa de aumento pelo emprego de arma, tendo em vista a falta de apreensão da arma e a inexistência do laudo pericial que permitiram comprovar a potencialidade lesiva da arma de fogo.

Alega que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena fundou-se apenas na gravidade abstrata do crime, de modo que deveria ser aplicado o regime semiaberto por se tratar de paciente primário e de bons antecedentes.

Requer a concessão da ordem para que seja reconhecida a nulidade do processo e, subsidiariamente, seja afastada a majorante pelo emprego de arma de fogo e o arbitramento do regime semiaberto.

Com informações (fls. 83/100, 103/121, 123/130 e 134/154).

O Parecer Ministerial é pela concessão parcial da ordem apenas para seja fixado o regime semiaberto (fls. 65/72).

Informações, anexadas em 16/8/2015, noticiam que a previsão para o término do cumprimento de pena será em 26/11/2018, sendo que o feito aguarda a realização de exame criminológico para análise de pedido de progressão para o regime semiaberto (fl. 155).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.846 - SP (2010/0065308-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

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

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

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em conjunto com outras pessoas, à pena de 5 anos e 6 meses, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, fixando o regime fechado.

A Corte Estadual negou provimento ao recurso de apelação, conforme decisão assim ementada (fl. 34):

Roubo - Prova - Suficiência - Condenação mantida. Suficiente o acervo probatório composto por prova oral incriminadora, de rigor a manutenção da condenação tal como lançada.

Roubo - Momento consumativo - Entendimento. O entendimento jurisprudência! que vem predominando, inclusive no Pretório Excelso, tem como consumado o roubo, tão-só, pela subtração dos bens da vítima, mediante violência ou grave ameaça, ainda que, em ato contínuo, de imediato, o próprio ofendido detenha o agente e recupere a "res".

Neste *writ*, busca-se o reconhecimento de nulidade do processo por se tratar de imputação genérica em detrimento do paciente, subsidiariamente, vindica a exclusão da causa de aumento pelo emprego de arma e a fixação do regime semiaberto.

Quanto à alegada nulidade, narra a peça acusatória que (fls. 14/15):

Apurou-se que todos os quatro assaltantes ingressaram de forma repentina dentro do estabelecimento comercial - uma padaria. De início, foram até a copa e um deles foi até o banheiro e saiu, sentando-se ao balcão, onde pediu um refrigerante. Ato contínuo, um dos assaltantes se dirigiu ao funcionário AGENOR ALVES e exibindo de forma ostensiva a arma de fogo, anunciou o assalto, determinando que AGENOR ficasse quieto. Tudo sob a ameaça de um disparo iminente.

Simultaneamente, outro dos acusados foi até o caixa e já iniciou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subtração de dinheiro e de alguns maços de cigarros. Três dos quatro assaltantes estavam portando, ostensivamente, armas de fogo, sendo certo que o mais alto deles chegou a bater com a arma contra o peito da vítima GERALDO, usando desta violência e da gravíssima ameaça do porte de arma para que pudessem todos eles realizar a subtração de bens. Com efeito, ao mesmo tempo em que um dos assaltantes batia em GERALDO com a arma, bradava que iria matar e que aquilo não era brincadeira não.

Os assaltantes fugiram em um veículo VW-Logus de cor vermelha e, assim, tiveram a posse mansa e pacífica das coisas subtraídas.

O filho da vítima chegou depois e foi informado do assalto, conseguindo localizar, depois, o veículo dos assaltantes. A Polícia Militar foi acionada e conseguiu abordar o veículo e prender todos os assaltantes nas proximidades do viaduto do bairro Vista Verde.

No interior do veículo foram encontradas armas com numeração raspada e municadas, alguns projéteis já deflagrados, além do produto do roubo na posse dos assaltantes.

Como se observa, a denúncia descreveu os fatos e circunstâncias em que o delito teria ocorrido, apresentou os elementos para a tipificação do crime e demonstrou o envolvimento do paciente, indicando de forma satisfatória que teria ele se reunido com os demais denunciados com *animus* de praticar o ilícito, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do CPP e permitindo ao acusado, sem qualquer dificuldade, ter ciência da conduta ilícita que lhe foi imputada, garantindo o livre exercício do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual não há falar-se em inépcia da denúncia.

Ademais, bem referiu o v. acórdão que (fl. 36):

A preliminar é insubsistente.

A denúncia atendeu aos pressupostos do art. 41, do Código de Processo Penal, não destoando dos elementos informativos fornecidos pelo inquérito policial.

De outra parte, "A denúncia já foi recebida, reiterando-se, aqui, apenas os próprios fundamentos apontados quanto de tal ato, nunca sendo demais lembrar que a alegação em questão deve ser feita, em primeiro lugar, quando da resposta à acusação, o que não ocorre, no caso, operando-se, então, a preclusão", conforme judiciosa análise do MM. Juiz sentenciante às fls. 120.

No que tange à exclusão da causa de aumento pelo emprego de arma, restou consignado na sentença condenatória, mantida pelo acórdão atacado, que as vítimas afirmaram que houve o emprego efetivo da arma de fogo para a prática delituosa.

Dessa forma, verifica-se que o entendimento exarado nas instâncias ordinárias está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, no caso, a palavra da vítima.

A matéria em questão era controvertida entre as Turmas que compunham a Terceira Seção desta Corte e, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 961.863/RS, cuja relatoria coube ao ilustre Ministro Gilson Dipp, o entendimento foi uniformizado no sentido de que a caracterização da majorante do emprego de arma de fogo dispensa a apreensão e consequente perícia da arma utilizada na prática criminosa se, por outros meios, vier a ser provado o seu emprego.

Veja-se:

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

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

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

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

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

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

(EREsp 961.863/RS, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ acórdão Min. GILSON DIPP, 3ª SEÇÃO, DJe 06/04/2011).

Sobre o arbitramento do regime fechado mantido no Tribunal *a quo*, extrai-se a seguinte fundamentação do acórdão impugnado (fls. 91/92):

Isto porque, a tranquilidade e a segurança do corpo social, diante do crescente aumento da criminalidade violenta, devem ser resguardadas, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se olvidando que a hipótese dos autos - roubo cometido em concurso de pessoas e com o emprego de arma - denota maior periculosidade dos agentes.

E, tanto mais se mostra necessária a fixação do regime mais gravoso ao se vislumbrar, no caso em exame, a extrema ousadia do acusado que, agindo em comparsaria e com emprego de arma de fogo, adentrou no estabelecimento comercial vítima subtraindo os bens descritos na exordial.

Com efeito, o regime mais gravoso foi imposto ao paciente em virtude, unicamente, da prática de crime classificado como grave, circunstância que, por não trazer elementos concretos, não se presta a fundamentar validamente o regime fechado, notadamente porque a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Nesse contexto, uma vez constatado que os fundamentos apontados não são válidos, conclui-se que deve ser fixado o regime semiaberto, consoante art. 33, § 2º, b, do Código Penal, visto que o estabelecimento do regime fechado contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

Súmula 440/STJ: 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.

Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Confirmam-se, a propósito, os precedentes desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. GRAVIDADE ÍNSITA AO DELITO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

1. A possibilidade de o magistrado impor regime prisional mais gravoso que aquele abstratamente previsto para a quantidade de pena aplicada está condicionada a fundamentação idônea, baseada no caso concreto. Contudo, tal fundamentação encontra-se limitada dentro do comando legal estabelecido nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal.

2. Consoante determinam as referidas normas, o regime prisional será estabelecido com observância do quantum de pena aplicada, da primariedade e da análise das circunstâncias judiciais, em respeito ao princípio da individualização da pena, considerando, ainda, que tal regime "seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. As Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e a 440 desta Corte refutam a imposição de regime mais gravoso quando lastreado apenas na gravidade abstrata do delito ou em motivação inidônea.

4. Hipótese em que a escolha do regime fechado se deu com base na gravidade abstrata do delito, o que ensejou a concessão da ordem, de ofício, para aplicação do regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 286.930/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE.

- A jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que, fixada a pena-base no mínimo legal, a simples gravidade abstrata do crime de roubo não constitui motivação idônea para justificar a imposição do regime prisional fechado. Súmulas n. 440/STJ, n. 718 do Supremo Tribunal Federal - STF e 719/STF.

- No caso, no cometimento do delito de roubo, embora perpetrado com grave ameaça à vítima, utilizou o agente um simulacro de arma (brinquedo). Desse modo, tenho que em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a conduta deve receber, no que diz respeito ao regime de cumprimento da reprimenda, tratamento diverso do que é aplicado àquelas hipóteses em que se faz uso de arma de fogo.

- Revela-se inadequada a imposição de regime prisional mais gravoso na hipótese, tendo em vista a quantidade da pena imposta (5 anos e 4 meses de reclusão), e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, devendo ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

- Recurso em habeas corpus provido para fixar o regime inicial semiaberto.

(RHC 60.372/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015).

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto, com efeitos extensivos aos corréus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0065308-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 168.846 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3392009

990092083120

EM MESA

JULGADO: 15/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: YANKO OLIVEIRA CARVALHO BRUNO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WASHINGTON DOS SANTOS RIBEIRO (PRESO)
CORRÉU	: JEAN DA SILVA RIBEIRO
CORRÉU	: PAUL RICHARD DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, com extensão aos corréus Jean da Silva Ribeiro e Paul Richard dos Santos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.