



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.504 - SP (2010/0046154-4)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALDERINO ALCIDES CEZAR NETO
PACIENTE : EMERSON ALEXANDRE

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA E APREENSÃO DA ARMA. DESNECESSIDADE. EMPREGO DO ARTEFATO DEMONSTRADO NO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PACIENTE PRIMÁRIO. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO QUE NÃO AUTORIZA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS SEVERO DO QUE O CABÍVEL. MAIOR PERICULOSIDADE DO CORRÉU NÃO VISLUMBRADA ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA

I. Não obstante a ausência de apreensão e de perícia, observou-se a existência de um conjunto probatório que permitiu ao julgador formar convicção no sentido da efetiva utilização de arma de fogo pelo réu, devendo ser mantida a qualificadora descrita no inciso I do § 1º do art. 157 do Código Penal.

II. Plenário da Suprema Corte que firmou orientação no sentido de ser dispensável a apreensão da arma ou a realização do exame pericial para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime (HC 96.099/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 05/06/2009.)

III. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente não constitui fundamentação idônea a permitir a fixação de regime mais gravoso para o desconto da reprimenda, se desvinculado de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa, como na hipótese dos autos (Súmula/STJ nº 440).

IV. Tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, mister se faz reconhecer a possibilidade de fixação do regime intermediário, já que os argumentos aventados pelas instâncias ordinárias referem-se a aspectos subsumidos ao delito de roubo qualificado, sem que tenha sido encontrado qualquer elemento de prova a denotar a alegada periculosidade do acusado.

V. Deve ser concedida a ordem a fim de estabelecer o regime inicialmente semiaberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente Walderino.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.504 - SP (2010/0046154-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo ministerial interposto em desfavor de WALDERINO ALCIDES CEZAR NETO e EMERSON ALEXANDRE.

Os pacientes foram condenados como incursores na sanções dos art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, sendo-lhes aplicada as penas, respectivamente, de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses e de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a serem descontadas em regime inicialmente fechado. Ademais, o réu Emerson foi absolvido das acusações relativas ao delito de furto.

Irresignados, o *Parquet* e a defesa apelaram ao Colegiado de origem, pugnando pela reforma do édito condenatório.

O Tribunal *a quo*, sem discrepância de votos, negou provimento aos apelos defensivos e deu provimento parcial ao recurso da acusação, conforme se infere da seguinte ementa:

'Reconhecimentos dos acusados. Validade. Inobrigatoriedade dos requisitos do art. 226 do CPP.

Furto - Não ficou demonstrada a autoria do crime Emerson quanto a este delito era mesmo de rigor.

Roubo qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo. Autoria e materialidade delitiva demonstradas. Réus que, mediante grave ameaça, exercida através de arma de fogo, subtraíram bens da residência da vítima. Inadmissibilidade da desclassificação do delito para receptação.

Prova. Palavras da vítima. Credibilidade. Inexistência de motiva para acusar injustamente os réus.

Prova. Emprego de arma. Bata a segura imputação da vítima para que se configure a qualificadora.

(...) Regime fechado é o adequado para o cumprimento da pena restritiva de liberdade.

(...) Recurso ministerial parcialmente provido, improvidos os dos réus' (fls. 30/31).

Daí a presente impetração, na qua a defesa pugna pelo afastamento da qualificadora relativa ao emprego de arma, considerando a ausência de apreensão da arma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supostamente utilizada na infração penal.

Por outro lado, alega que o paciente Walderino está sendo submetido a constrangimento ilegal, porquanto o cumprimento da pena em meio fechado baseou-se somente na suposta gravidade do delito de roubo, não obstante se tratar de réu primário, que inclusive auxiliou a apuração dos fatos ao confessar a sua participação do delito.

Informações prestadas às fls. 54/79.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem, tão somente em relação ao regime imposto para o desconto da pena aplicada ao réu Walderino (fls. 83/91).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.504 - SP (2010/0046154-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo ministerial interposto em desfavor de WALDERINO ALCIDES CEZAR NETO e EMERSON ALEXANDRE.

Os pacientes foram condenados como incursores na sanções dos art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, sendo-lhes aplicada as penas, respectivamente, de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses e de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a serem descontadas em regime inicialmente fechado. Ademais, o réu Emerson foi absolvido das acusações relativas ao delito de furto.

Irresignados, o *Parquet* e a defesa apelaram ao Colegiado de origem, pugnando pela reforma do édito condenatório.

O Tribunal *a quo*, sem discrepância de votos, negou provimento aos apelos defensivos e deu provimento parcial ao recurso da acusação, reconhecendo a causa de aumento de pena do art. 157, § 2º, inciso I, do Estatuto Repressor Penal.

Daí a presente impetração, na qua a defesa pugna pelo afastamento da qualificadora relativa ao emprego de arma, considerando a ausência de apreensão da arma supostamente utilizada na infração penal.

Por outro lado, alega que o paciente Walderino está sendo submetido a constrangimento ilegal, porquanto o cumprimento da pena em meio fechado baseou-se somente na suposta gravidade do delito de roubo, não obstante se tratar de réu primário, que inclusive auxiliou a apuração dos fatos ao confessar a sua participação do delito.

Passo à análise da irresignação.

Na hipótese, o impetrante busca a reforma do acórdão *a quo* no que se refere à incidência da causa de aumento de pena do emprego de arma, bem como em relação ao regime mais gravoso imposto ao réu Walderino.

Inicialmente, o Juízo da 6ª Vara Criminal de Guarulhos, ao afastar a aplicação da qualificadora alhures mencionada, asseverou:

"Portanto, para reconhecer a 'qualificadora' só roubo, imprescindível avaliar se a arma utilizada pelo agente tinha potencialidade ofensiva ao tempo do crime, pois não se deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equiparar o dolo daquele que portava instrumento ineficiente para violar a integridade física da vítima, ao dolo do agente que está disposto a ferir e matar mediante utilização de arma com potencial ofensivo. E não foi apreendida a arma de fogo utilizada pelos agentes, não há como se diferenciar a conduta numa dessas hipóteses' (fl. 23).

O Tribunal de origem, ao analisar o recurso ministerial quanto ao tema, reformou a sentença condenatório com base nos seguintes fundamentos:

"A vítima Nelson Filho, na audiência realizada, reconheceu, sem sombra de dúvidas os réus, como sendo os autores do roubo. Declarou que estava abrindo o portão eletrônico de sua residência, quando foi abordado por Emerson Alexandre, que lhe apontou uma arma de fogo. Os acusados invadiram sua casa e subtraíram talões de cheque, eletrodomésticos e um computador. Foi mantido como refém na sala, Todos estavam com o rosto descoberto.

(...) O policial militar Marino Moraes Roque foi categórico ao afirmar que estava em seu patrulhamento com seu colega de farda quando se deparou com um veículo Pálio, de cor branca, que estava sendo ocupado por quatro pessoas e que um dos indivíduos do banco de trás, ao avistar a viatura, se abaixou. O veículo foi abordado e Emerson disse que estava em livramento condicional e como não estava com a respectiva carteira, foram até sua residência, onde havia vários eletrodomésticos, televisão, notebook, câmara digital, além de talões de cheques em nome de terceiros, cuja origem não foi explicada. Emerson acabou por confessar que os objetos eram objeto de subtração à residência de um casal com duas crianças, em que foi utilizada uma arma calibre 38.

(...) Por outro lado, não há dúvidas de que os réus foram os autores do roubo descrito na denúncia, uma vez que foram reconhecidos pela vítima Nelson Filho, como sendo as pessoas que, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, invadiram sua residência e subtraíram vários objetos.

(...) Restou devidamente caracterizado o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, ressaltando-se que é desnecessária a apreensão da arma para o reconhecimento da qualificadora, bastando a segura imputação da vítima, como ocorrido no caso em tela" (fls. 38/39).

Com efeito. No que tange ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, não obstante a ausência de apreensão e de perícia na arma de fogo, observou-se a existência de um conjunto probatório que permitiu ao julgador formar convicção no sentido da efetiva utilização do artefato pelo réu.

Com efeito, nos termos do consignado no inquérito policial, três dias após o crime, alguns dos bens roubados da residência da vítima foram localizados por policiais militares na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

residência do réu Emerson, assim como um revólver calibre 38, o que permitiu a elucidação da autoria do delito.

Por outro lado, as alegações expendidas pela defesa no sentido de que os réus não utilizaram revólver, mas sim um cano de ferro, não merecem respaldo nos autos.

Ademais, o policial militar Marino Morais Roque relatou que os acusados terminaram confessando a autoria do crime, bem como o emprego da arma, que não logrou ser localizada.

O Juízo processante, por seu turno, mesmo sem aplicar a causa de aumento de pena, reconheceu a sua utilização, tendo apenas entendido que a sua incidência não seria possível pela ausência de apreensão e perícia do artefato.

Diante disso, deve ser mantida a qualificadora descrita no inciso I do § 1º do art. 157 do Código Penal.

Com efeito, o Plenário da Suprema Corte firmou orientação no sentido de ser dispensável a apreensão da arma ou a realização do exame pericial para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime (HC 96.099/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 05/06/2009.)

No mesmo sentido, o seguinte precedente desta Turma:

No que se refere ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, **HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL.**

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Col. Excelso Pretório.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser inconteste o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelo conjunto probatório dos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do habeas corpus.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis e, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva"

(HC 162033/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 11/10/2010).

De outro lado, no que se refere ao regime inicial aplicado ao réu Walderino, infere-se que o Juízo de primeiro grau reconheceu a primariedade do acusado, sendo que todas as circunstâncias judiciais foram sopesadas em seu favor, o que implicou em fixação da pena-base no mínimo legal. Contudo, ao impor o meio inicialmente fechado para o desconto da pena, fez consignar:

"O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado, para os três condenados, dada a natureza violenta do crime de roubo qualificado, modalidade delitiva que gera clamor público e intranquilidade social, a evidenciar a periculosidade de quem pratica, impondo-se tal medida em resguardo ao caráter preventivo da pena, para que sirva de efetivo desestímulo à reiteração da conduta, e acrescentando-se, no caso concreto, que o crime foi praticado em residência familiar situada em região de grande movimentação, atitude que revelou total menosprezo à ordem pública, e consequente periculosidade diferenciada dos criminosos, conforme reiterado entendimento jurisprudencial" (fl. 226).

A Sexta Câmara Criminal do TJ/SP manteve o regime mais gravoso aplicado em desfavor do paciente Walderino, ratificando os argumentos deduzidos no édito condenatório.

Com efeito, o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente não constitui fundamentação idônea a permitir a fixação de regime mais gravoso para o desconto da reprimenda, se desvinculado de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa, como na hipótese dos autos (Súmula/STJ nº 440).

Assim, tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, infere-se a possibilidade de fixação do regime intermediário, já que os argumentos aventados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelas instâncias ordinárias referem-se a aspectos subsumidos ao delito de roubo qualificado. Ademais, não foi encontrado qualquer elemento de prova a denotar a maior periculosidade do paciente.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL.

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Col. Excelso Pretório.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelo conjunto probatório dos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do habeas corpus.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis e, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva"

(HC 162033/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 11/10/2010).

Nesse contexto, deve ser concedida a ordem a fim de estabelecer o regime inicialmente semiaberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente Walderino.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, com esteio nos fundamentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima deduzidos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0046154-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 165.504 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10672008 2240120080264876 990092113968

EM MESA

JULGADO: 15/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WALDERINO ALCIDES CEZAR NETO

PACIENTE : EMERSON ALEXANDRE

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.