



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 146.183 - SP (2009/0170819-8)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : **GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **THIAGO JOSÉ DA SILVA (PRESO)**

EMENTA

*HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXAME PERICIAL QUE ATESTA A IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE DISPAROS PELA ARMA DE FOGO UTILIZADA NA AÇÃO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE QUE SE IMPÕE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 440/STJ. SÚMULAS N.º 718 E N.º 719/STF. ORDEM CONCEDIDA PARA EXCLUIR A CIRCUNSTÂNCIA REFERENTE AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO POSSÍVEL DE 1/3 (ANTE A PRESENÇA APENAS DA MAJORANTE REFERENTE AO CONCURSO DE PESSOAS). PENA DEFINITIVAMENTE FIXADA EM 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO E 13 DIAS-MULTA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR, COMO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, O SEMIABERTO.*

1. Efetuada a perícia oficial na arma de fogo utilizada para a prática do delito de roubo, e demonstrado não haver potencialidade ofensiva – ineficiência para realizar disparos e produzir tiros –, a circunstância referente ao inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal não pode ser aplicada. Precedentes.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário, não é possível infligir-lhe 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.

3. Súmula n.º 440/STJ: "*[f]ixada 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.*"

4. Súmula n.º 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.*"

5. Súmula n.º 719/STF: "*[a] imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*"

6. Ordem concedida para excluir a majorante referente ao emprego de arma de fogo. Pena definitivamente fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa (aumento de 1/3, ante a presença apenas da majorante referente ao concurso de pessoas). *Habeas corpus* concedido de ofício, para determinar, como regime inicial de cumprimento da pena, o semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

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, deferir o pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de abril de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 146.183 - SP (2009/0170819-8)

IMPETRANTE : GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO JOSÉ DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de THIAGO JOSÉ DA SILVA, contra acórdão proferido pela Oitava Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento da apelação criminal n.º 993.08.025223-8, Rel. Des. LOURI BARBIERO (fls. 21/25).

Consta dos autos que "*o denunciado Thiago*" e "*dois indivíduos não identificados*", em concurso, "*ingressaram no interior da Panificadora Chamosa do Viaduto e, com arma em punho, apontaram para o proprietário do comércio e anunciaram o assalto, subtraindo a quantia de R\$ 130,00 (cento e trinta reais) e mais algumas moedas de valor ignorado*" (fl. 14).

Ao proferir a sentença na ação penal n.º 1.205/2007 (fls. 14/20), a Juíza de Direito da 8.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP condenou o ora Paciente à pena de "*05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa*" (fl. 19), por infração ao art. 157, §2.º, incisos I e II, do Código Penal.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação da Defesa. Entretanto, deu parcial provimento ao apelo interposto pelo *Parquet*, aumentando a pena "*para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos*" (fl. 25).

Na inicial do presente writ, alega-se, em suma, que o laudo pericial de fls. 10/13 concluiu que "*a arma de de fogo supostamente utilizada pelo agente não se prestava como instrumento ofensivo idôneo a causar perigo ou a lesionar a pessoa contra a qual foi empregada*", razão pela qual seria "*impossível o reconhecimento da majorante em questão*" (fl. 04).

Requer, assim, na liminar e no mérito, seja afastada "*a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, §2º, inciso I, do Código Penal*" (fl. 04) ou, alternativamente, seja reduzida a pena, ante "*a inexistência de circunstâncias excepcionais*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que justifiquem tamanha exasperação" (fl. 06),

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 29/30.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 33/39, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 146.183 - SP (2009/0170819-8)

EMENTA

*HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXAME PERICIAL QUE ATESTA A IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE DISPAROS PELA ARMA DE FOGO UTILIZADA NA AÇÃO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE QUE SE IMPÕE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 440/STJ. SÚMULAS N.º 718 E N.º 719/STF. ORDEM CONCEDIDA PARA EXCLUIR A CIRCUNSTÂNCIA REFERENTE AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO POSSÍVEL DE 1/3 (ANTE A PRESENÇA APENAS DA MAJORANTE REFERENTE AO CONCURSO DE PESSOAS). PENA DEFINITIVAMENTE FIXADA EM 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO E 13 DIAS-MULTA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR, COMO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, O SEMIABERTO.*

1. Efetuada a perícia oficial na arma de fogo utilizada para a prática do delito de roubo, e demonstrado não haver potencialidade ofensiva – ineficiência para realizar disparos e produzir tiros –, a circunstância referente ao inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal não pode ser aplicada. Precedentes.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário, não é possível infligir-lhe 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.

3. Súmula n.º 440/STJ: "*[f]ixada 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.*"

4. Súmula n.º 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.*"

5. Súmula n.º 719/STF: "*[a] imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*"

6. Ordem concedida para excluir a majorante referente ao emprego de arma de fogo. Pena definitivamente fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa (aumento de 1/3, ante a presença apenas da majorante referente ao concurso de pessoas). *Habeas corpus* concedido de ofício, para determinar, como regime inicial de cumprimento da pena, o semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

O *habeas corpus* merece concessão.

As instâncias ordinárias mantiveram a circunstância referente ao emprego de arma de fogo, a despeito de sua inaptidão para realizar disparos e produzir tiros. Confira-se:

"[...]

Assim, ante o conjunto probatório formado, também a autoria do roubo ficou comprovada, sendo de rigor a manutenção da r. sentença condenatória, demonstradas as qualificadoras do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo pela prova oral coligida, pelo auto de exibição e apreensão (fls. 08/09) e pelo laudo pericial de fls. 45/49. Anoto que "Arma de verdade, mas defeituosa, configura a qualificadora, se infunde temor na vítima e esta desconhecia sua inaptidão (STF, RTJ 126/361)" (in Código Penal Comentado, Delmanto, 6ª edição, Editora Renovar, pág. 354).

*A pena, no entanto, reclama majoração, visto que insuficiente o acréscimo de 1/3 (um terço) pelas duas qualificadoras, como bem sustentou o douto representante do **Parquet**, em suas razões recursais.. Assim, mantida a base no mínimo legal, a pena é acrescida de 3/8 (três oitavos), pelas duas causas especiais de aumento (percentual adotado por esta Câmara e tido pela jurisprudência como o mais adequado para o caso), resultando em **05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa**. Anoto que as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea não têm o condão de reduzir a pena-base aquém do mínimo legal - **Súmula 231 do STJ**.*

Por fim, quanto ao regime prisional, a r. sentença não comporta alteração, porquanto bem justificada a sua imposição, haja vista que se trata de roubo duplamente qualificado, pelo emprego de arma e concurso de pessoas, delito grave que cada vez mais vem atormentando a sociedade em geral e desvela a periculosidade de seus agentes.

Nesse sentido:

"O regime fechado é o mais adequado e o mais consentâneo com a gravidade do roubo à mão armada, além de corresponder a uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade violenta" (Ap. nº 628.831/5, 7ª Câmara do TACRIM-SP).

*Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL**, para aumentar a pena para **05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa**, mantida, no mais, a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos."* (fls. 24/25)

Com efeito, não se descarta que esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima e/ou de testemunhas, por si sós, são hábeis a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo (HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010, v.g.).

Ocorre que, no caso, restou comprovado nos autos a ausência de potencialidade ofensiva da arma – ineficiente para realizar disparos e produzir tiros –, o que se vê claramente do resultado do Laudo Pericial. Assim, a circunstância referente ao inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal não pode ser aplicada na hipótese.

No mesmo sentido, desta Corte:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2o., I E II DO CPB. PENA TOTAL: 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INEFICÁCIA DA ARMA DE FOGO PARA EFETUAR DISPAROS ATESTADA PELO LAUDO PERICIAL. INADMISSIBILIDADE DO AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DA FORMA CIRCUNSTANCIADA, EXCLUSIVAMENTE ARRIMADO NO NÚMERO DE MAJORANTES PRESENTES. SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL FECHADO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULAS 718/STF E 440/STJ.

PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2o., I do CPB quando comprovada a ineficácia da arma de fogo para efetuar disparos. No caso, o acórdão afirma que o laudo pericial atestou a ineficácia da arma de fogo utilizada no delito.

2. [...].

3. Ordem concedida para afastar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2o., I do CPB; reduzir ao mínimo (1/3) o percentual de aumento referente ao concurso de pessoas (art. 157, § 2o., II do CPB), tornando a pena definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa; e fixar regime inicial semiaberto." (STJ, HC 165.478/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe de 14/02/2011)

"PENAL – HABEAS CORPUS – ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO – EMPREGO DE ARMA DE FOGO – LAUDO PERICIAL CONSTATANDO SUA IMPRESTABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA MAJORANTE – PENA FINAL QUE DEVE FICAR INALTERADA, PORQUANTO SUBSISTE O CONCURSO DE AGENTES, POR SI SÓ SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O AUMENTO NO PATAMAR MÍNIMO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Inviável a majoração da pena privativa de liberdade dos agentes pelo crime de roubo com base na apreensão de arma de fogo comprovadamente imprestável.

A arma de fogo imprestável para seu uso serve tão-somente para caracterizar a violência ou grave ameaça exercida, mas não demonstra potencialidade lesiva suficiente para justificar o reconhecimento da causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de aumento.

A majorante de concurso de pessoas é, por si só, suficiente para elevar a pena do crime de roubo ao patamar mínimo de um terço, tal qual realizado nas instâncias ordinárias.

Inviável a soltura dos pacientes tão-somente em razão do equivocado reconhecimento da causa especial de aumento de pena de emprego de arma.

Ordem parcialmente concedida, apenas para decotar a causa especial de aumento de pena referente ao emprego de arma da condenação dos pacientes." (HC 91.598/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA – DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG –, DJe de 10/03/2008.)

Resta prejudicado, assim, o pedido de reconhecimento de ilegalidade no aumento decorrente da presença de duas majorantes.

Deve ser concedida, ainda, ordem de ofício.

Verifica-se, à fl. 19, que a pena-base do Paciente foi fixada no mínimo legal (4 anos de reclusão), ante a sua primariedade e os bons antecedentes, porém, o regime inicial fechado fora justificado em razão do cometimento de "*crime violento que demanda o afastamento do réu do convívio social*" (fl. 19).

Com efeito, se a pena-base foi fixada no mínimo legal por inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, é de se considerar, portanto, que se infligiu ilegalmente regime prisional mais gravoso ao Paciente.

A imposição ao Paciente de regime fechado para o início do cumprimento da pena deve ser alterado, adequando-se à individualização da sanção criminal.

A propósito, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL DA LEI 10.409/02. DECISÃO CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. [...].

5. Não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP como totalmente favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena aplicada (3 anos de reclusão), em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do referido diploma legal.

6. [...]." (HC 94.823/SP, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 23/06/2008.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Somente se consideradas as circunstâncias judiciais de forma desfavoráveis, com fundamentos idôneos, poderia, então, ser mantido regime prisional mais gravoso.

Não foi o que ocorreu na hipótese, uma vez que se determinou – repita-se – o regime fechado apenas com base na gravidade abstrata do delito.

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, inclusive, ratifica os fundamentos do presente voto, pois *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese"* (HC 72.315/MG, Primeira Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

Confiram-se, a propósito, os seguintes verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

"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 n.º 718)

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

E ainda, a Súmula n.º 440/STJ: *"[f]ixada 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."*

Desse modo, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, que dispõe que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto"*.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 5 (anos) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa (aumento de 1/3, ante a presença apenas da majorante referente ao concurso de pessoas). E CONCEDO, de ofício, *habeas corpus* para estabelecer o regime semiaberto como o inicial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0170819-8

HC 146.183 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12052007 50070626723 993080252238

EM MESA

JULGADO: 05/04/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : THIAGO JOSÉ DA 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, deferiu o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.