



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.736 - SP (2011/0211969-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO ALVES DE OLIVEIRA
PACIENTE : CARLOS ANTONIO CAETANO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AMEAÇA EXERCIDA COM ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA NÃO CARACTERIZADA. ACRÉSCIMO NA TERCEIRA FASE FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÍNIMO DE 1/3. PRIMEIRO PACIENTE RECONHECIDAMENTE REINCIDENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. SEGUNDO PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A inclusão da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, diverge da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto o uso de arma de fogo desmuniada no crime de roubo não configura causa especial de aumento da pena.

2. Mesmo na presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo, há que se fundamentar, com base nas peculiaridades do caso concreto, apontando a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não foi realizado na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

3. O regime prisional fechado é obrigatório ao réu reincidente, quando condenado à pena superior a quatro anos. Já em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, quando fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, 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 269 e 440 desta Corte e n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado, no tocante à fixação da pena, a fim de reduzir a reprimenda dos Pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa, bem como estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao segundo Paciente, mantido o regime prisional fechado para o primeiro Paciente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.736 - SP (2011/0211969-9)

IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO ALVES DE OLIVEIRA
PACIENTE : CARLOS ANTONIO CAETANO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de DIEGO ALVES DE OLIVEIRA e CARLOS ANTONIO CAETANO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o primeiro Paciente foi condenado à pena de 6 anos e 5 meses de reclusão, regime fechado, e 15 dias-multa, e o, segundo, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime fechado, e 13 dias-multa, ambos como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal. Em sede de apelação, a pena de Diego foi reduzida para 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa.

No presente *writ*, busca a Impetrante o afastamento da majorante relativa ao emprego de arma, por se encontrar desmuniada, com a consequente redução da pena. Alternativamente, pleiteia a alteração da fração de acréscimo em razão das causas de aumento de pena, de 3/8 para 1/3, já que fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 27/28, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 58/62, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.736 - SP (2011/0211969-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AMEAÇA EXERCIDA COM ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA NÃO CARACTERIZADA. ACRÉSCIMO NA TERCEIRA FASE FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÍNIMO DE 1/3. PRIMEIRO PACIENTE RECONHECIDAMENTE REINCIDENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. SEGUNDO PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A inclusão da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, diverge da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto o uso de arma de fogo desmuniada no crime de roubo não configura causa especial de aumento da pena.

2. Mesmo na presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo, há que se fundamentar, com base nas peculiaridades do caso concreto, apontando a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não foi realizado na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

3. O regime prisional fechado é obrigatório ao réu reincidente, quando condenado à pena superior a quatro anos. Já em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, quando fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, 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 269 e 440 desta Corte e n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado, no tocante à fixação da pena, a fim de reduzir a reprimenda dos Pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa, bem como estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao segundo Paciente, mantido o regime prisional fechado para o primeiro Paciente.

VOTO

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

Como relatado, busca a Impetração ver afastada a causa de aumento prevista no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 157, § 2.º, I, do Código Penal ou que seja alterada a fração de aumento pelas majorantes do roubo de 3/8 para 1/3.

O writ merece ser acolhido.

Com efeito, o uso de arma de fogo sem aptidão para efetuar disparos (desmuniada ou com defeito) somente se presta para caracterizar a elementar da ameaça, necessária à configuração do delito de roubo em sua forma simples, não dando ensejo à aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Na hipótese, observa-se a impropriedade do acórdão atacado, mantendo a sentença, que reconheceu o emprego de arma de fogo desmuniada como causa de aumento de pena do delito de roubo, *in verbis*:

"No caso em questão, o delito foi praticado mediante o emprego de uma pistola de ar comprimido, o que caracteriza uma arma nos termos do dispositivo citado. Não é uma arma de brinquedo. Trata-se de arma que pode causar sérias lesões corporais nas pessoas. O seu calibre é .445mm.

O fato de a referida arma estar desmuniada em nada afeta o reconhecimento da referida causa de aumento, uma vez que mantém seu poder intimidativo, não se podendo exigir que uma vítima assuma o risco e tente descobrir se há ou não munição em uma arma, ainda que de pressão" (fl. 44).

Sobre o assunto, confirmam-se os seguintes precedentes:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ARMA DESMUNICIADA. CONSTATAÇÃO POR PERÍCIA. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. MAJORANTE NÃO CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE AUMENTO DA PENA PELA INCIDÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS. PLEITO SUPERADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. Diante da comprovada ausência de potencialidade lesiva da arma empregada no roubo, atestada em laudo pericial, mostra-se indevida a imposição da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º, do art. 157 do CP.

II. A utilização de arma desmuniada, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza o emprego de violência, porém, não permite o reconhecimento da majorante de pena, já que esta está vinculada ao potencial lesivo do instrumento, pericialmente comprovado como ausente no caso, dada a sua ineficácia para a realização de disparos.

III. Afastada a incidência de uma das causas de aumento de pena, resta superado o pleito subsidiário de redução do quantum de majoração pela incidência de duas qualificadoras - emprego de arma de fogo e concurso de agentes - reduzindo a fração do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

IV. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

monocrática, quanto à dosimetria da reprimenda, determinando-se ao Juízo da 11ª Vara Criminal de São Paulo que proceda nova e motivada fixação da pena, afastando-se a incidência da majorante do emprego de arma de fogo.

VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 173.032/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJe 14/04/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. AUSÊNCIA DE POTENCIAL OFENSIVO. NÃO-INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA. ART. 157, § 2º, I, DO CP. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL FECHADO. SÚMULA 269/STJ. INAPLICABILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É necessária a existência de potencial ofensivo da arma de fogo ao bem jurídico tutelado para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, o que não se aplica à arma desmuniada.

2. O regime inicial semiaberto reserva-se ao "condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito)", nos termos do art. 33, § 2º, b, do CP; e, ainda, "aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais", nos termos da Súmula 269 deste Tribunal.

3. Ainda que a pena seja inferior a 8 anos de reclusão, mas superior a 4 anos, sendo o réu reincidente, o regime inicial de cumprimento de pena deve seguir a estipulação da alínea a do § 2º do art. 33 do Código Penal, sendo obrigatório o regime inicial fechado para o cumprimento da condenação imposta.

4. Ordem parcialmente concedida para excluir a causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma de fogo e, em consequência, reduzir a reprimenda para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além de 15 dias-multa, mantendo-se o regime prisional fechado." (HC 143.919/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, DJe 05/04/2010.)

Afastada a causa de aumento do emprego de arma, verifica-se que ainda subsiste a majorante do concurso de pessoas, mas o aumento perpetrado pelas instâncias ordinárias, na terceira fase, a meu ver, foi irregular - principalmente com o afastamento de uma das majorantes nessa oportunidade -, tendo em vista que fixado em 3/8, acima do mínimo legal, que é de 1/3, sem a imprescindível fundamentação. Confira-se:

"Preserva-se o aumento de 3/8, por força das duas qualificadoras reconhecidas (concurso de agentes e emprego de arma), uma vez que se acha em consonância com a orientação jurisprudencial perfilhada por esta Colenda 13ª Câmara Criminal, segundo a qual, no criem de roubo, sendo cinco as causas especiais de aumento, a majoração deve obedecer ao seguinte critério: 1/3, se presente uma causa; 3/8, se presentes duas causas; 5/12, se presentes três causas; 7/16, se presentes quatro causas e 1/2, se presentes as cinco causas especiais de aumento" (fl. 44).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, mesmo na presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo, há que se fundamentar, com base nas peculiaridades do caso concreto, apontando a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não foi realizado na espécie.

O referido entendimento, a propósito, restou consolidado no enunciado n.º 443 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, *ad litteram*:

"O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

Deve, portanto, na terceira fase da aplicação da pena, ser retificado o aumento de 3/8 para o mínimo legal, equivalente a 1/3, restando fixadas as reprimendas de cada um dos Pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Alteradas as penas, observo que o primeiro Paciente, reconhecidamente reincidente, foi condenado à pena superior a 4 anos de reclusão, restando-lhe, tão-somente, o regime fechado, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea b, do Código Penal.

Já quanto ao segundo Paciente constata-se que o regime mais gravoso, no caso o fechado, foi estabelecido em face da gravidade abstrata do delito, malgrado tenha sido a respectiva pena-base fixada no mínimo legal.

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"*.

Logo, sendo o referido condenado primário e de bons antecedentes, a decisão que lhe impôs o regime fechado para o cumprimento da pena há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Aplicável à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

"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."

Ante o exposto, CONCEDO parcialmente a ordem para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado, no tocante à fixação da pena, a fim de reduzir a reprimenda dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa, bem como estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao segundo Paciente, mantido o regime prisional fechado para o primeiro Paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0211969-9

HC 217.736 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3908074720108260000 50100227201 990103908074

EM MESA

JULGADO: 16/02/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO ALVES DE OLIVEIRA
PACIENTE : CARLOS ANTONIO CAETANO

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.