



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.450 - SP (2009/0132847-6)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : GUSTAVO AUGUSTO SOARES DOS REIS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO CÂNDIDO RODRIGUES

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE 1º GRAU CONVOCADOS. OBSERVÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 158 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE NA APREENSÃO. ART. 167 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVOSO. RÉU PRIMÁRIO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que "não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial".
2. Na hipótese, a convocação seguiu os comandos estabelecidos na Constituição Federal, bem como na legislação de regência, restando válido, portanto.
3. Muito embora a apreensão da arma seja obrigação da polícia e sua posterior perícia imprescindível para a correta aplicação da majorante inserta no inciso I do § 2º do art. 157 do CP (art. 158 do CPP), eventual impossibilidade da apreensão, com a consequente não realização da perícia, autoriza a utilização de outros meios de provas para suprir tal deficiência instrutória, nos termos do art. 167 do CPP.
4. Conforme o magistério jurisprudencial, estabelecida a pena-base no mínimo legal, há constrangimento ilegal na fixação de regime carcerário mais gravoso do que o *quantum* da pena permite.
5. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2010(Data do Julgamento).

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.450 - SP (2009/0132847-6)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : GUSTAVO AUGUSTO SOARES DOS REIS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO CÂNDIDO RODRIGUES

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de TIAGO CÂNDIDO RODRIGUES, condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 13 dias-multa, pela prática de roubo circunstanciado.

Insurge-se o impetrante contra acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal D do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa (ACR 993.08.075600-1).

Preliminarmente requer a anulação do acórdão ora impugnado, sustentando, em suma, que decisão colegiada proferida majoritariamente por juízes de primeiro grau convocados viola o princípio do juiz natural, bem como os arts. 93, III, 94 e 98 da Constituição Federal, citando julgados deste Tribunal.

No mérito, alega que:

a) não pode incidir na hipótese a causa de aumento de pena pelo emprego de arma, em virtude da ausência de perícia, imprescindível para aferição de seu potencial lesivo;

b) a gravidade em abstrato do delito é argumento inidôneo para a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena aplicada permite.

Não houve pedido de liminar.

As informações solicitadas foram devidamente prestadas às fls. 61/63.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República ZÉLIA OLIVEIRA GOMES, opinou, "em preliminar, pelo sobrestamento do julgamento do presente *habeas corpus*, até decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, no que pertine à composição da Câmara, se examinado imediatamente o mérito, pela concessão parcial da ordem, tão somente para que seja fixado o regime inicial semiaberto para desconto da reprimenda" (fls. 88/109).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.450 - SP (2009/0132847-6)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE 1º GRAU CONVOCADOS. OBSERVÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 158 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE NA APREENSÃO. ART. 167 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVOSO. RÉU PRIMÁRIO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que "não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial".
2. Na hipótese, a convocação seguiu os comandos estabelecidos na Constituição Federal, bem como na legislação de regência, restando válido, portanto.
3. Muito embora a apreensão da arma seja obrigação da polícia e sua posterior perícia imprescindível para a correta aplicação da majorante inserta no inciso I do § 2º do art. 157 do CP (art. 158 do CPP), eventual impossibilidade da apreensão, com a consequente não realização da perícia, autoriza a utilização de outros meios de provas para suprir tal deficiência instrutória, nos termos do art. 167 do CPP.
4. Conforme o magistério jurisprudencial, estabelecida a pena-base no mínimo legal, há constrangimento ilegal na fixação de regime carcerário mais gravoso do que o *quantum* da pena permite.
5. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

De início, afasto a preliminar arguida.

Com efeito, a Terceira Seção desta Corte, em sessão realizada em 24/9/08, ao julgar o HC 108.425/SP, da relatoria do Min. OG FERNANDES, decidiu unificar o entendimento no sentido de anular o julgamento da apelação criminal, se a convocação não estiver de acordo com as regras da LC 646/90, determinado seu novo "julgamento por Câmara constituída de acordo com disposições da Constituição Federal de 1988 e da própria Lei Complementar Estadual nº 646/90".

Posteriormente reexaminando a matéria, sob outro enfoque, a Terceira Seção, por maioria, entendeu que o poder decisório dos juízes convocados, com observância das disposições



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecidas pela Constituição Federal e dentro dos parâmetros legais, deve ser equiparado ao dos desembargadores (HC 109.456/DF, Rel. Min. JANE SILVA, Desembargadora Convocada do TJMG, julgado em 25/3/09).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, ao dirimir a questão, firmou o entendimento de que "não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial". Confira-se a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. JULGAMENTO. CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I- Esta Corte já firmou entendimento no sentido da constitucionalidade da Lei Complementar 646/1990, do Estado de São Paulo, que disciplinou a convocação de juízes de primeiro grau para substituição de desembargadores do TJ/SP.

II - Da mesma forma, não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial.

III - Colegiados constituídos por magistrados togados, que os integram mediante inscrição voluntária e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente.

IV - Julgamento realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

V - Ordem denegada. (HC 96.821/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgamento em 8/4/10)

Dessa forma, verifica-se que a convocação seguiu os comandos estabelecidos na Constituição Federal, bem como na legislação de regência, restando válido, portanto, o julgamento proferido por Câmara majoritariamente composta por juízes convocados.

No mérito, inicialmente, pretende o impetrante a concessão da ordem para que seja afastada a causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma de fogo.

Alega, no particular, que a qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal deve ser afastada, uma vez que não restou apreendida a suposta arma de fogo empregada no crime.

Esse entendimento, contudo, não corresponde a uma verdade absoluta.

Senão vejamos.

A apreensão da arma de fogo utilizada para a prática de roubo é **obrigação** da polícia, bem como sua posterior **perícia é imprescindível** (art. 158 do CPP) para a aplicação, se o caso, da majorante inserta no inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Contudo, eventual impossibilidade na apreensão (causada não por negligência do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estado), com a consequente ausência de perícia, autoriza a utilização de outros meios de provas para suprir tal deficiência instrutória, nos termos do art. 167 do CPP (desaparecimento de vestígios).

Assim, considerando-se que a angusta via eleita impossibilita a dilação probatória, caberia à defesa provar, de plano, a negligência do Estado na não apreensão e/ou na não perícia da arma, fato que não ocorreu no caso concreto.

Constam nos autos, aliás, provas outras que possibilitam a caracterização da causa de aumento, nos termos da jurisprudência do STJ, *verbis* (fl. 28):

Assim, ao contrário do que pretende a z. Defesa técnica, o acusado efetivamente utilizou de arma de fogo, fato atestado e corroborado em Juízo. Pouco importa não ter sido a arma apreendida; a prova testemunhal é admissível em casos que tais, como forma de suprir a lacuna pelo não encontro da arma – não raro dispensada pelo agente.

Nem se alegue que as declarações da vítima não possuem isenção suficiente, podendo pairar dúvidas sobre a autoria do delito. Veja-se que, segundo a jurisprudência ora acolhida, *"Tão só em casos excepcionais, de manifesta contravenção da verdade sabida, será lícito opor restrições ao teor de suas palavras. No geral, a palavra da vítima é a primeira luz que afugenta as sombras sob que se pretende abrigar a impunidade"* (TACRIM – Ap. 1.047.937/5, Rel.: Juiz Carlos Biasotti). Ora, no caso presente, além de ter reiterado o dito na fase policial – o que confere certa segurança ao julgador – suas declarações são unívocas e harmônicas, corroboradas até pelos demais depoimentos ouvidos.

Como se percebe, o conjunto probatório que se extrai dos autos constitui um todo coerente e harmônico, possibilitando suficientes elementos de convicção a justificar um decreto condenatório. O uso da arma restou incontestado, atestado pelas testemunhas ouvidas.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE RELATIVA. MAJORANTE. EMPREGO DE ARMA. CONFIGURAÇÃO. NÃO APREENSÃO. ART. 167 DO CPP.

.....
.....

II - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando tenham estes desaparecido, ex vi do art. 167 do Código de Processo Penal.

III - Esse entendimento deve ser aplicado no que concerne à verificação de ocorrência ou não da majorante do emprego de arma no crime de roubo, caso contrário o cancelamento da Súmula 174 do STJ seria, em boa parte, inócuo.

IV - No caso concreto, há dúvida relevante sobre o motivo da não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreensão da arma de fogo, o que atrai a incidência do disposto no art. 167 do CPP. Dessa forma, existindo nos autos depoimentos testemunhais que comprovam a efetiva utilização da arma, não há como afastar a aplicação da majorante.

Ordem denegada. (HC 91.276/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 31/3/08)

Dessa forma, deve subsistir o entendimento firmado nas instâncias ordinárias, em face da ausência de constrangimento ilegal.

De outro lado, assiste razão ao impetrante quanto à ilegalidade do regime de pena fixado.

Com efeito, tenho entendido que, para a imposição de regime inicial mais severo que o permitido segundo a pena aplicada, faz-se necessário que a pena-base seja fixada acima do mínimo legal, por meio de motivação idônea, com demonstração concreta das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, que necessariamente devem ser desfavoráveis ao réu, para a incidência do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, por diversas vezes, que "A gravidade abstrata do delito não é meio idôneo para fixar regime prisional mais rigoroso do que o permitido em lei" (HC 37.285/SP, Rel. Min. PAULO MEDINA, Sexta Turma, DJ de 24/10/05), implicando "contradição fixar-se a pena-base no mínimo legal, diante da ausência de motivos para a sua exasperação, e, posteriormente, com base em circunstâncias não consideradas na primeira fase da aplicação da pena, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal" (HC 35.032/SP, Rel. Min. PAULO MEDINA, Sexta Turma, DJ de 14/3/05).

A seu turno, o Supremo Tribunal Federal encerrou qualquer discussão sobre o assunto com a edição da Súmula 718, segundo a qual "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", e da Súmula 719, por meio da qual consignou que "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Assim, no caso, sendo primário e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, ou seja, em 4 anos de reclusão, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favorável ao réu, a gravidade abstrata do delito não é motivação idônea para imposição de regime mais severo que o permitido segundo a pena agora aplicada (5 anos e 4 meses de reclusão), devendo-se fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena aplicada, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra *b*, do referido diploma legal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. RECONHECIMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

2. "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 do STF).

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

4. Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente. (HC 64.307/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 13/11/06)

Roubo (figuras qualificadas). Pena-base (aumento além do mínimo). Maus antecedentes (condenação transitada em julgado). Presunção de não-culpabilidade (caso). Duas majorantes (exasperação da pena). Fundamentação (necessidade). Regime de cumprimento (fechado/semi-aberto).

1. O processo criminal em curso não é considerado antecedente criminal em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição.

2. A mera presença de pluralidade de majorantes no crime de roubo, por si só, não conduz ao aumento da pena além do mínimo, sem que seja fundamentada a necessidade da exasperação.

3. O juiz estabelecerá o regime inicial de cumprimento de pena, levando em conta, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do Cód. Penal, as circunstâncias previstas no art. 59.

4. Tratando-se de paciente primário e possuidor de bons antecedentes, tem o apenado direito a iniciar o cumprimento da pena no regime legalmente adequado.

5. Ordem concedida. (HC 54.705/RJ, Rel. Min. NILSON NAVES, Sexta Turma, DJ de 30/10/06)

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0132847-6

HC 141450 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11602006 5640120060277528 990080756001

EM MESA

JULGADO: 18/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUSTAVO AUGUSTO SOARES DOS REIS - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : TIAGO CÂNDIDO RODRIGUES

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de maio de 2010

LAURO ROCHA REIS

Secretário