



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.555 - SP (2012/0213168-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VINICIUS DA PAZ LEITE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME DE OLIVEIRA SILVA

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DESMUNICIADA. MAJORANTE DESCARACTERIZADA. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443 DO STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULAS 440 DO STJ E 719 DO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

01. Prescreve a Constituição da República que "*conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "*de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*" (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que, no *habeas corpus*, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, impõe-se seja processado para aferição da existência de "*ilegalidade ou abuso de poder*" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. O emprego de arma de fogo, ainda que comprovadamente desmuniada, tipifica o crime de roubo, pois, por si só, tem o condão de infligir à vítima "grave ameaça". Todavia, porque inexistente a potencialidade lesiva, não há como aplicar a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal (STJ, HC 169.083/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/02/2011; HC 161.326/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/09/2010).

03. "*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*" (STJ, Súmula 443).

04. De acordo com a Súmula 440 desta Corte, "*fixada a pena-base*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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"; com a Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Faltante a motivação idônea, o regime prisional para cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser readequado.

05. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao paciente e estabelecer o regime semiaberto para seu cumprimento inicial, com extensão dos efeitos da decisão ao corréu Rodrigo Rodrigues de Oliveira (CPP, art. 580).

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, com extensão ao corréu Rodrigo Rodrigues de Oliveira, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 07 de abril de 2015(data do julgamento)

MINISTRO NEWTON TRISOTTO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.555 - SP (2012/0213168-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : VINICIUS DA PAZ LEITE - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GUILHERME DE OLIVEIRA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

GUILHERME DE OLIVEIRA SILVA foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e de 16 (dezesesseis) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, incs. I e II (por duas vezes), na forma do art. 69, todos do Código Penal (fls. 14/20).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu (fls. 21/34).

Inconformada, a Defensoria Pública daquela unidade federativa impetrou, nesta Corte, *habeas corpus*, sustentando, em síntese, que: **a)** "*a arma apreendida estava desmuniada*", razão pela qual deve ser afastada a causa de aumento prevista no inc. I do art. 157 do Código Penal, "*pois o que importa para a configuração da referida majorante não é o temor da vítima, ínsito ao tipo de roubo, mas sim o potencial lesivo do objeto empregado*"; **b)** "*quanto à presença de duas majorantes, o aumento em 3/8 fixado pela Colenda Câmara é manifestamente exagerado. Isto porque não é a quantidade de causas de aumento de pena existentes que deve influir no percentual a ser majorado, sendo possível a fixação do patamar mínimo ainda que existam duas ou mais majorantes*"; **c)** "*o paciente foi condenado a pena inferior a 8 anos, muito embora superior a 4 anos. O regime foi fixado com base na gravidade em abstrato do delito de roubo*" (fls. 01/12).

A Ministra Marilza Maynard, então relatora, indeferiu a liminar postulada (fls. 51/52).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 44/48).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.555 - SP (2012/0213168-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : VINICIUS DA PAZ LEITE - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GUILHERME DE OLIVEIRA SILVA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

01. Prescreve a Constituição da República que “conceder-se-á *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, “de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que, no *habeas corpus*, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese – como sucede no caso em exame –, impõe-se seja processado para aferição da existência de “*ilegalidade ou abuso de poder*” no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Min. Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Assevera a impetrante que:

a) “a arma apreendida estava desmuniada”, razão pela qual deve ser afastada a causa de aumento prevista no inc. I do art. 157 do Código Penal, “*pois o que importa para a configuração da referida majorante não é o temor da vítima, ínsito ao tipo de roubo, mas sim o potencial lesivo do objeto empregado*”;

b) “quanto à presença de duas majorantes, o aumento em 3/8 fixado pela Colenda Câmara é manifestamente exagerado. Isto porque não é a quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causas de aumento de pena existentes que deve influir no percentual a ser majorado, sendo possível a fixação do patamar mínimo ainda que existam duas ou mais majorantes";

c) "o paciente foi condenado a pena inferior a 8 anos, muito embora superior a 4 anos. O regime foi fixado com base na gravidade em abstrato do delito de roubo".

Pelas razões que passo a alinhar, tenho que lhe assiste razão.

02.01. Está inscrito na sentença – posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça (fls. 21/34):

"A interpretação jurisprudencial predominante da norma do inciso I, do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal estava consolidada na Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o critério subjetivo, no sentido de que a utilização de uma arma, própria ou imprópria, aumenta o poder de intimidação sobre a vítima, anulando assim sua capacidade de resistência, tornando a ação digna de maior reprimenda, mas esse entendimento não mais prevalece, desde o cancelamento da referida súmula.

O critério objetivo leva em consideração a gravidade da conduta, ou o maior grau de risco a que se submete a vítima do crime de roubo, pelo fato de que o uso de uma arma na prática do crime de roubo torna a ação mais grave, e, portanto, digna de maior repressão penal, mas não pelo maior poder de intimidação da vítima, como sustentam aqueles que adotam o critério subjetivo, mas sim em função do agravamento do risco à integridade física da vítima, com maior punição ao perigo de dano concreto à vítima, situação diversa da grave ameaça inerente ao roubo, prevista no 'caput' do artigo 157.

Portanto, para reconhecer a 'qualificadora' do roubo, imprescindível avaliar se a arma utilizada pelo agente tinha potencialidade ofensiva ao tempo do crime, pois não se deve equiparar o dolo daquele que portava instrumento ineficiente para violar a integridade física da vítima, ao dolo do agente que está disposto a ferir ou matar mediante utilização de arma com potencial ofensivo.

No caso, a potencialidade ofensiva da arma de fogo apreendida está devidamente comprovada mediante prova pericial, **sendo irrelevante a falta de munição, já que não se pode excluir a possibilidade de carregamento posterior da arma a fim de assegurar a consumação do roubo, ou ainda, a possibilidade de que os réus dispunham de alguma munição que eventualmente conseguiram dispensar antes de serem localizados pelos policiais.**

[...]

Passo ao cálculo das penas, com fundamento nos artigos 59, 60, 61 e 65 do Código Penal.

Guilherme de Oliveira Silva e Rodrigo Rodrigues de Oliveira não ostentam condenações anteriores e não há circunstâncias judiciais a serem consideradas sobre a pena base para efeitos do artigo 59 do Código Penal, mantendo-se o mínimo legal de quatro anos de reclusão e dez dias multa. Não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

há circunstâncias agravantes a considerar e a atenuante genérica da confissão judicial espontânea não incide aquém da pena base mínima. O emprego de arma de fogo na grave ameaça inerente ao crime de roubo denota maior periculosidade dos criminosos e maior ameaça à incolumidade física das vítimas, conduta que não deve ser equiparada à modalidade simples do crime praticado mediante ameaça verbal ou intimidação mediante superioridade física do agente, hipótese em que a vítima não corre risco maior. O mesmo raciocínio vale para o concurso de duas ou mais pessoas na execução do crime de roubo, dada a maior periculosidade dos agentes que praticam crime previamente articulados, dificultando a defesa da vítima. **A duplicidade de causas de aumento revela maior periculosidade do agente, maior risco às vítimas e maior dificuldade no exercício de eventual defesa, sendo inadmissível fixação de pena mínima como postulado pela defesa, impondo-se a majoração da pena em função das duas causas especiais de aumento de pena previstas nos incisos I e II do § 2º do Código Penal, em igual acréscimo de 3/8, para os dois réus, somando as mesmas penas de cinco anos e seis meses de reclusão e quatorze dias multa.** A hipótese é de concurso formal, porque exercida grave ameaça simultaneamente contra duas vítimas, objetivando dois patrimônios distintos, caracterizando-se assim ação única com resultados autônomos, nos termos do artigo 70 do Código Penal, com o acréscimo mínimo de 1/6 pelo número de infrações, totalizando as penas de seis anos e cinco meses de reclusão e dezesseis dias multa.

[...]

Os réus praticaram crime de roubo qualificado agindo em concurso, em plena via pública de grande movimentação, expondo a risco número indeterminado de pessoas, a denotar audácia e total desprezo à ordem pública, pelo disposto no artigo 59, c.c artigo 33, § 2º, 'b', do Código Penal, em resguardo ao caráter preventivo da pena e como medida de efetiva prevenção à reiteração da conduta delitiva, impõe-se o regime inicial fechado de cumprimento de pena" (fls. 17/19 – os destaques não constam do original).

Quanto ao crime de roubo com emprego de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, inc. I), o Supremo Tribunal Federal e esta Corte têm decidido que:

I) "Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que essa qualidade integra a própria natureza do artefato" (STF, Segunda Turma, HC 122.074/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20/05/2014; Primeira Turma, HC 104.722, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 12/04/2011; HC 98.227, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 16/06/2009);

II) "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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego" (STJ, Terceira Seção, EREsp 961.863/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 13/12/2010; STF, Segunda Turma, RHC 115.077, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 06/08/2013; HC 109.547/RS, Primeira Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 13/03/2012);

III) *"Havendo a apreensão da arma utilizada para a prática delitiva e constatada a ausência de potencialidade lesiva – o que acontece quando a arma está desmuniada – não pode haver a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal"* (STJ, Sexta Turma, HC 170.811/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, julgado em 23/02/2012; HC 161.326/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/09/2010; Quinta Turma, HC 169.083/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 03/02/2011; HC 212.666/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 17/09/2013);

IV) *"Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal"* (STF, Pleno, HC 96.099/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 19/02/2009; STJ, Quinta Turma, HC 115.594/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Filho, DJe 20/11/2008);

V) *"O crime de roubo, quando cometido mediante o emprego de arma branca ou de brinquedo, 'merece ser diferenciado daquele praticado com a utilização da arma de fogo, por se tratar de instrumento com maior capacidade de intimidação e de destruição, em que a gravidade concreta se mostra apta a ensejar a aplicação do regime mais severo' (STJ, REsp 1431819, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 11/04/2014)"* (STJ, HC 293.496/SP, Rel. Ministro Gurgel de Farias, Quinta Turma, julgado em 06/11/2014);

VI) *"A Terceira Seção desta Corte firmou entendimento de que o uso de arma de brinquedo na prática do delito de roubo não acarreta a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, cancelando, assim, o enunciado n. 174 da Súmula do STJ"* (STJ, Sexta Turma, HC 228.827/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17/05/2012).

À luz da jurisprudência e da premissa de que os réus praticaram o roubo com o emprego de arma de fogo desmuniada – fato reconhecido na sentença e no acórdão –, deve ser afastada a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

02.02. Consoante a Súmula 443 desta Corte, *"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"*.

Da tese enunciada na súmula destoaram a sentença e o acórdão. Porque flagrante a ilegalidade, impõe-se a concessão da ordem, de ofício.

Estendo os efeitos da decisão ao corréu Rodrigo Rodrigues de Oliveira, pois presentes os pressupostos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Promovo o redimensionamento das reprimendas impostas aos réus, como segue:

Mantenho as penas fixadas na primeira etapa da dosimetria – 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na terceira fase, ante o concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, inc. II), aumento as sanções em 1/3 (um terço), resultando em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Por fim, diante do concurso formal de crimes, majoro-as em 1/6 (um sexto), totalizando elas, assim, 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa.

De acordo com a Súmula 440 desta Corte, *"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"*; com a Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"*.

Faltante a motivação idônea, o regime prisional para cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser readequado.

Em suma: com fundamento no art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, impõe-se a concessão do *habeas corpus* também quanto ao regime de cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

03. À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*. De ofício, concedo a ordem, para redimensionar as penas aplicadas ao paciente e estabelecer o regime semiaberto para seu cumprimento inicial, com extensão dos efeitos da decisão ao corréu Rodrigo Rodrigues de Oliveira (CPP, art. 580).

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0213168-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 256.555 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120000340673 2632010 61210820108260224

EM MESA

JULGADO: 07/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: VINICIUS DA PAZ LEITE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GUILHERME DE OLIVEIRA SILVA
CORRÉU	: RODRIGO RODRIGUES DE OLIVEIRA

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, com extensão ao corréu Rodrigo Rodrigues de Oliveira, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.