



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.922 - SP (2013/0184992-7)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME DA SILVA SANTOS (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. 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. "*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*" (HC 228.827/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/05/2012).

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 no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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, 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 271.922 - SP (2013/0184992-7)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GUILHERME DA SILVA SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

GUILHERME DA SILVA SANTOS foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e de 15 (quinze) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal, e ao art. 244-B da Lei n. 8.069/1990 (fls. 15/20).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu (fls. 29/40).

Inconformada, a Defensoria Pública daquela unidade federativa impetrou, nesta Corte, *habeas corpus*, sustentando, em síntese, que: **a)** "o porte de arma, ainda que de brinquedo, configura a hipótese de grave ameaça, elementar do delito de roubo. Porém, o mesmo não se pode afirmar com relação à causa especial de aumento de pena, consistente no uso de arma, se não comprovada a aptidão do instrumento para o ataque, o seu poder de vulneração, inexistente em uma arma de brinquedo"; **b)** "é de rigor a aplicação da súmula 443 desse Colendo Tribunal"; **c)** "ausente fundamento para o reconhecimento do concurso material [entre os crimes de roubo e de corrupção de menores], deve ser reconhecido o concurso formal, com a redução da pena"; **d)** "o Egrégio Tribunal de Justiça manteve o regime fechado sem qualquer justificativa idônea. Gravidade abstrata do crime não justifica regime mais severo" (fls. 01/08).

A Ministra Marilza Maynard, então relatora, indeferiu a liminar postulada (fls. 46/48).

Prestadas as informações (fls. 59/91), o Ministério Público Federal manifestou-se "pelo não conhecimento da ordem, mas por sua concessão, de ofício, tão somente para que a) seja afastada a majorante concernente ao emprego de arma no crime de roubo, com o consequente recrudescimento da pena na fração mínima de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/3 (um terço) e b) para que seja imposto o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena" (fls. 127/130).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.922 - SP (2013/0184992-7)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GUILHERME DA SILVA SANTOS (PRESO)

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) “o porte de arma, ainda que de brinquedo, configura a hipótese de grave ameaça, elementar do delito de roubo. Porém, o mesmo não se pode afirmar com relação à causa especial de aumento de pena, consistente no uso de arma, se não comprovada a aptidão do instrumento para o ataque, o seu poder de vulneração, inexistente em uma arma de brinquedo”;

b) “é de rigor a aplicação da súmula 443 desse Colendo Tribunal”;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

c) "ausente fundamento para o reconhecimento do concurso material [entre os crimes de roubo e de corrupção de menores], deve ser reconhecido o concurso formal, com a redução da pena";

d) "o Egrégio Tribunal de Justiça manteve o regime fechado sem qualquer justificativa idônea. Gravidade abstrata do crime não justifica regime mais severo".

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

02.01. Está inscrito no acórdão impugnado:

"Da mesma forma, restou configurada a causa de aumento quanto ao emprego de arma.

O fato de a arma utilizada para intimidar a vítima ser de brinquedo não afasta a causa de aumento pelo emprego de arma, aliás, um dos simulacros apreendidos estava em poder do apelante e a vítima sequer tinha conhecimento de que não se tratava de uma arma de fogo real.

[...]

As penas foram corretamente fixadas e não comportam reparo.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, para ambos os delitos, resultando em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, para o delito de roubo e 1 ano de reclusão, pelo crime de corrupção de menores, considerando os elementos norteadores do art. 59 do Código Penal.

Na segunda fase, embora presente a atenuante da menoridade relativa, a pena permaneceu no mesmo patamar, uma vez que não é possível a redução da pena abaixo do mínimo legal, conforme Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, reconhecida duas causas de aumento previstas no § 2º, incisos I e II, do art. 157 do Código Penal, a pena pelo delito de roubo foi aumentada em metade, o que resultou em 6 anos de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Os delitos foram praticados em concurso material nos termos do artigo 69 do Código Penal, motivo pelo qual as penas foram somadas e resultaram em definitivo em 7 anos de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inviável o pleito defensivo, não havendo que se falar em concurso formal de crimes, posto que mediante mais de uma ação, o agente praticou dois crimes, vez que antes da consumação do roubo, os menores já haviam sido aliciados pelo réu.

A consumação dos delitos se deu em momentos distintos. O roubo no momento do apossamento dos bens subtraídos e a corrupção de menores antes, quando os menores aderiram à conduta do apelante, e este último, por ser delito formal, não exige qualquer resultado.

Foi fixado o regime inicial fechado.

Não se pode deixar de lado que o regime prisional tem como objetivo reeducar o indivíduo insubordinado à lei e proteger a sociedade, que não pode ficar à mercê do infrator. O crime praticado é grave. Assim, o réu possui



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

méritos para ser beneficiado com regime prisional mais brando. Desta forma, o regime fechado é o adequado para o cumprimento das penas privativas de liberdade" (fls. 34/39).

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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 brinquedo – fato reconhecido na sentença e no acórdão –, deve ser afastada a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

02.02. Conforme sedimentada jurisprudência desta Corte, *"o habeas corpus é ação de rito célere e de cognição sumária, voltada para a proteção do direito ambulatorial, e não se presta a analisar alegações relativas à absolvição, porque demandam o revolvimento de provas"* (HC 298.024/SP, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme [Desembargador convocado do TJ/SP], Quinta Turma, julgado em 23/10/2014; HC 221.081/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 14/10/2014; HC 284.904/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/10/2014; HC 286.470/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 07/10/2014).

Nessa linha, as instâncias ordinárias concluíram que, *"mediante mais de uma ação, o agente praticou dois crimes, vez que antes da consumação do roubo, os menores já haviam sido aliciados pelo réu. A consumação dos delitos se deu em momentos distintos. O roubo no momento do apossamento dos bens subtraídos e a corrupção de menores antes, quando os menores aderiram à conduta do apelante".*

Entender de forma diversa implicaria revolvimento fático-probatório, inviável em *habeas corpus*.

02.03. 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorantes".

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

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 em 1/3 (um terço), resultando em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Em face do concurso material de crimes, as penas privativas de liberdade, somadas, totalizam 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

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.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0184992-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 271.922 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00218911020128260050 20130000206165 218911020128260050 2922012 4642012

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME DA SILVA SANTOS (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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, 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.