



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.032 - SP (2010/0089654-2)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : ANA PAULA KAYAMORI DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO EDSON RODRIGUES DE LIMA
PACIENTE : RAMILTON FRANCISCO DE ALMEIDA LEITE

EMENTA

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 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.

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. "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.032 - SP (2010/0089654-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que desproveu o apelo interposto por FRANCISCO EDSON RODRIGUES LIMA e RAMILTON FRANCISCO DE ALMEIDA LEITE.

Os pacientes foram condenados à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por violação ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa apelou ao Tribunal de origem, que desproveu o recurso, mantendo-se o inteiro teor da sentença condenatória. Eis o teor da ementa do acórdão ora combatido:

"ROUBO QUALIFICADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. Condenação mantida. Autoria e materialidade delitiva comprovadas. Palavras da vítima corroboradas por outros elementos de provas.

ARMA DE FOGO. Exclusão. Arma desmuniada. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova.

PENA. DIMINUIÇÃO. Impossibilidade. A presença de duas qualificadoras deve ensejar um aumento da pena em 3/8. Para se chegar a uma reprimenda justa, o sentenciante deve observar o intervalo correspondido entre o mínimo e o máximo e variar a graduação de acordo com o número de causas especiais e, como essas são em número de cinco, a majoração será de 1/3, se presente uma causa; de 3/8, se presentes duas causas; 5/12, se presente três causas; de 7/12, se quatro causas e de 1/2 se presentes as cinco causas especiais de aumento.

Recurso desprovido" (fl. 16).

Daí a presente impetração, na qual a defesa insurge-se contra a incidência da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma de fogo, já que o artefato apreendido encontrava-se desmuniado.

Subsidiariamente, busca a redução do *quantum* de aumento da pena em razão da incidência de duas qualificadoras, já que o aumento superior a 1/3 merece motivação idônea, não meramente quantitativa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Liminar indeferida à fl. 47.

Informações prestadas às fls. 55/181.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 189/195, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.032 - SP (2010/0089654-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que desproveu o apelo interposto por FRANCISCO EDSON RODRIGUES LIMA e RAMILTON FRANCISCO DE ALMEIDA LEITE.

Os pacientes foram condenados à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por violação ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa apelou ao Tribunal de origem, que desproveu o recurso, mantendo-se o inteiro teor da sentença condenatória.

Daí a presente impetração, insurge-se contra a incidência da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma de fogo, já que o artefato apreendido encontrava-se desmuniado.

Subsidiariamente, busca a redução do *quantum* de aumento da pena em razão da incidência de duas qualificadoras, já que o aumento superior a 1/3 merece motivação idônea, não meramente quantitativa.

Passo à análise da irresignação.

Quanto à incidência da agravante do emprego de arma de fogo, o Juízo da 11ª Vara Criminal de São Paulo, ao reconhecer a sua incidência ao caso em apreço, asseverou:

"O uso de arma de fogo está comprovado, eis que a mesma foi apreendida e devidamente periciada; O exame pericial, juntado aos autos às folhas 130/132, atesta que o objeto utilizado pelos réus, na prática do delito descrito na exordial era, efetivamente, arma de fogo, a qual estava apta à realização de disparos.

O fato de a arma estar desmuniada não exclui a causa de aumento de pena, pois poderia sê-lo a qualquer momento" (fl. 33).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, reconheceu a aplicabilidade da agravante nos seguintes termos:

"Irrelevante o fato de a arma estar desmuniada, uma vez que o que se leva em conta para efeito da causa de aumento de pena prevista no parágrafo 2º, inciso I, do art. 157, do Código Penal, não é apenas a intimidação sofrida pela vítima com a arma utilizada para a prática delitiva, mas o meio utilizado enquanto instrumento ofensivo e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idôneo a causar perigo ou lesionar" (fl. 20).

Todavia, na hipótese dos autos, o artefato apreendido presta-se tão somente à caracterização da elementar da grave ameaça empregada contra a vítima, imprescindível ao tipo penal de roubo, diferenciando, assim, a conduta praticada pelos pacientes daquela prevista no art. 155 do CP.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes deste Colegiado:

"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 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 n. 91.598/SP, rel. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, j. em 25-2-2008).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. ARMA DESMUNICIADA. MAJORANTE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS.

"I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes).

"II - In casu, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imprescindível. Não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a fixação da pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão.

"III - O emprego de arma de fogo desmuniada no roubo, por ser incapaz de gerar real perigo à vítima, não é causa hábil para justificar a incidência da majorante prevista no inciso I § 2º do CP (Precedentes).

"IV - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

"V - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "c", e § 3º, do CP. (Precedentes).

"VI - "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." (Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso).

Ordem concedida" (HC n. 104.629/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, j. em 12-12-2008).

Com efeito, o legislador, ao prever a majorante descrita no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, busca punir com maior rigor o indivíduo que empregou artefato apto a lesar a integridade física do ofendido, configurando-lhe perigo real, o que não ocorre nas hipóteses de instrumento notadamente sem potencialidade lesiva.

Nesse contexto, 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.

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 - devendo o Juízo de 1º grau rever a dosimetria da pena, reduzindo o percentual de aumento previsto no § 2º do artigo 157 do Código Penal.

Nesse contexto, deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, quanto à dosimetria da reprimenda, determinando-se ao Juízo da 11ª Vara Criminal de São Paulo que proceda nova fixação da pena, afastando-se a incidência da majorante do emprego de arma de fogo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima deduzida.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0089654-2

HC 173.032 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50080305857 5532008 990091545171

EM MESA

JULGADO: 05/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GILSON DIPP

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANA PAULA KAYAMORI DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO EDSON RODRIGUES DE LIMA
PACIENTE : RAMILTON FRANCISCO DE ALMEIDA LEITE

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp.