



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.827 - SP (2011/0305899-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ROQUE JERÔNIMO ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO NASCIMENTO FERREIRA
PACIENTE : DIOGO ROCHA GUIMARÃES

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I, DO CP. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARMA DE BRINQUEDO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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.º 174 da Súmula do STJ.

2. Ordem concedida para decotar a causa de aumento pelo emprego de arma.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, com ressalva de entendimento da Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE)." O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 17 de maio de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.827 - SP (2011/0305899-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ROQUE JERÔNIMO ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO NASCIMENTO FERREIRA
PACIENTE : DIOGO ROCHA GUIMARÃES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de THIAGO NASCIMENTO FERREIRA e DIOGO ROCHA GUIMARÃES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0510865-79.2010.8.26.0000).

Colhe-se dos autos que os pacientes foram condenados, como incurso no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 12 dias-multa.

O Tribunal de origem deu parcial provimento aos recursos da acusação e da Defesa para aumentar a pena para 5 anos e 6 meses de reclusão e fixar o regime semiaberto.

Neste *mandamus*, o impetrante sustenta que "o emprego de simulacro de arma de fogo não pode ser considerado como causa de aumento", ressaltando o cancelamento da Súmula nº 174 desta Corte.

Defende ser "imperioso o reconhecimento da ineficácia da potencialidade lesiva da simulação de arma de brinquedo para aumentar a pena do delito em epígrafe".

Requer, liminarmente e no mérito, seja afastada a causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 28/29.

O Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, pela concessão da ordem, "restabelecendo-se a pena fixada na sentença condenatória proferida pelo Juízo de Direito da 1.ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP" (fls. 76-79).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.827 - SP (2011/0305899-1)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I, DO CP. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARMA DE BRINQUEDO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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.º 174 da Súmula do STJ.

2. Ordem concedida para decotar a causa de aumento pelo emprego de arma.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

A insurgência merece prosperar.

Verifica-se que o juiz sentenciante, ao analisar a incidência da causa de aumento prevista no inciso I do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal, apontou cuidar-se de réplica e entendeu afastar referida majorante, nos seguintes termos (fls. 11-15):

(...)

A arma de brinquedo usada para a prática do crime não possui o condão para qualificar o crime de roubo.

(...) A observar o sistema trifásico (CP, art. 68), passo ao cálculo da pena. Nos termos dos arts. 59 e 157 do Código Penal, (a) fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a esclarecer-se que a gravidade do crime - que vem atormentando a população ordeira, e a personalidade e culpabilidade dos réus, justificando-se a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública - deve ser conjugada com suas primariedades, ficando suavizada, desta forma, a necessidade de majoração já nesta fase, observando que a menoridade relativa e a confissão não possuem o condão para levar a pena-base aquém do mínimo legal. Nos termos do inciso II do art. 157 do Código Penal, aumento suas penas em 1/3, alcançando 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e multa de 12 (doze) dias-multa. Não obstante serem primários, a personalidade e culpabilidade dos réus e a gravidade do delito, indicam, para o início do cumprimento das penas privativa de liberdade, o regime fechado como suficiente, os termos do art. 33 e 59 do Código Penal. Fixo o dia-multa no mínimo legal. Sem incidência o princípio da presunção da não-culpabilidade (CF, art. 5.º, LVII) para o recurso em liberdade. Visualiza-se, aqui, a garantia da ordem pública, pressuposto autorizador da prisão preventiva (CPP, art. 312). Além do mais, os réus acompanharam presos a instrução, e nessa condição devem permanecer até o julgamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitivo. Indicados os motivos, pois, CONDENO THIAGO DO NASCIMENTO FERREIRA, RG Nº 47205915, brasileiro, solteiro, ajudante, natural Serraria/PB, nasc. 04/11/1990, filho de Severino César Ferreira e de Luciene do Nascimento e DIOGO ROCHA GUIMARAES, RG nº 34788600, brasileiro, solteiro, ajudante, natural de Jacaréi/SP, nasc. aos 22/11/1990, filho de Ozayr Lemes Guimarães e de Soraia Rocha Cerqueira de Maio, como incursos no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal, às penas privativas de liberdade de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, e à pena pecuniária de 12 (doze) dias-multa, no menor valor unitário. O valor do dia-multa deverá ser corrigido monetariamente na época do pagamento (CP, art. 49, § 2º). Sem direito ao recurso em liberdade, expeçam-se mandados de prisão. Comunique-se a vítima, nos termos do art. 201, § 2º, do Código de Processo Penal. Após o trânsito em julgado desta, lance-se o nome do réu no rol dos culpados. Dou a presente por publicada e as partes por intimadas. Registre-se e cumpra-se. NADA MAIS. Lido e achado conforme, vai devidamente por mim, esc., que digitei e subscrevi.

Irresignados, acusação e defesa recorreram ao Tribunal *a quo*. A defesa pugnou pela redução das penas aplicadas e alteração de regime, a acusação requereu a qualificadora afastada na sentença e elevação de penas.

O Tribunal estadual bandeirante reformou a sentença para considerar a causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo, com os seguintes fundamentos (fls. 19-21):

As evidências do flagrante são francamente contrárias aos acusados, como é óbvio, tendo eles confessado em juízo a efetiva participação no roubo da motocicleta, oportunidade em que falaram sobre o uso de revólver de brinquedo. Tanto é assim que a Defensoria Pública nem mesmo reclama a absolvição.

Entendem os integrantes desta turma julgadora, já apreciando o apelo ministerial, que o emprego de arma ainda que de brinquedo autoriza a qualificadora pretendida, manifestando-se favorável a Procuradoria Geral de Justiça.

Existem precedentes da Câmara.

Em consequência, e com o aumento de 3/8, também critério da Câmara, chega-se a 5 anos e 6 meses de reclusão e 14 dias multa para cada um dos réus, nada impedindo que o regime prisional seja semiaberto, levando-se em conta o tempo de cumprimento de pena.

Nessas condições, com o registro de que mesmo com as atenuantes das confissões espontâneas e menoridade é possível penas abaixo dos mínimos legais previstos, decide-se de acordo com a súmula, merecendo destaque o excelente parecer subscrito por eminente procurador de Justiça, o dr. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, passando a fazer parte integrante deste acórdão.

Constato, dessa forma, ter sido o paciente, em sede de apelação, apenado de forma mais severa pelo uso da arma de brinquedo, a qual conforme entendimento pacífico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte não enseja a aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal.

Importante destacar, inclusive, que o enunciado n.º 174 da Súmula deste Sodalício que, anteriormente, autorizava a exasperação da pena quando do emprego de arma de brinquedo no roubo, restou cancelado no julgamento do Recurso Especial n.º 213.054/SP, na sessão de 24.10.01, da Terceira Seção, deste Superior Tribunal de Justiça.

Referido verbete tinha como embasamento teoria de caráter subjetivo, autorizava-se o aumento da pena em razão da maior intimidação que a imagem da arma de fogo causava na vítima. No entanto, o fator preponderante que levou à alteração do norte jurisprudencial foi a modificação no critério, passou-se de um exame subjetivo para um objetivo.

Então, em sintonia com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, imanente ao Direito Penal do fato, próprio do Estado Democrático de Direito, a tônica exegética passou a recair sobre a afetação do bem jurídico. Assim, reconheceu-se que o emprego de arma de brinquedo não representava maior risco para a integridade física da vítima; tão só gerava temor nesta, ou seja, revelava apenas fato ensejador da elementar "grave ameaça".

De acordo com o magistério de LUIZ REGIS PRADO:

De qualquer forma, convém salientar que a arma de brinquedo é inidônea para determinar o aumento de pena, já que a *ratio essendi* da qualificadora está sedimentada na potencialidade lesiva e no perigo que a arma real causa, e não no maior temor infligido à vítima. (Manual de direito penal, São Paulo, RT, 2005, vol. 2, p. 443.)

E arremata:

Na mesma linha, acolhe-se a manifestação da doutrina que pensa não ser possível caracterizar a majorante se a arma de fogo é inapta para produzir disparos; ou seja, se o meio utilizado é absolutamente inidôneo ao fim a que se destina, não há que se falar em arma, nos termos do inciso I. (Op. cit., p. 444.)

Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. QUALIFICADORA. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA CANCELADA. AUMENTO DA PENA. § 2º, DO ART. 157, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA A MODALIDADE TENTADA. PRECEDENTES DO STJ. 1. A inclusão da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, diverge da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto o uso de arma de brinquedo no crime de roubo não mais configura causa especial de aumento da pena. 2. A exasperação estabelecida pelo § 2º, do art. 157, do Código Penal, acima do mínimo legal, necessita, a teor do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, de fundamentação suficiente, a ponto de demonstrar que a causa de aumento enseja uma maior reprovabilidade na conduta do agente, o que não se deu na espécie. (...). 4. Ordem parcialmente concedida para, reformando a sentença e o acórdão impugnado, excluir a qualificadora do emprego de arma, ficando a sanção final quantificada em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias, considerada a fixação da pena-base no mínimo legal e a causa de aumento da restrição de liberdade, na fração de um terço, à míngua de fundamentação. (HC 68.880/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27.02.2007, DJ 02.04.2007 p. 297.)

HABEAS CORPUS. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. AUMENTO DE PENA. REVOGAÇÃO DA SÚMULA Nº 174/STJ. 1. O emprego de arma de brinquedo não caracteriza a causa de aumento prevista no parágrafo 2º, inciso I do artigo 157 do Código Penal. 2. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, constitui-se em condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes. (...). 6. Ordem concedida. (HC 46.854/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04.04.2006, DJ 04.09.2006 p. 330.)

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. USO DE ARMA DE BRINQUEDO. CANCELAMENTO DA SÚMULA Nº 174 DESTA CORTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVE DO QUE O LEGALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 33, §§ 2º E 3º, E 59 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1 - 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, I, do Código Penal. 2 - Fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que o previsto para a sanção corporal aplicada. 3 - Ordem concedida para afastar a causa de aumento relativa à utilização da arma de brinquedo, bem como para garantir ao paciente o direito de iniciar no regime semi-aberto o cumprimento da sanção que lhe foi imposta na ação penal de que aqui se trata. (HC 70.264/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2007, DJ 11/06/2007 p. 380).

Dessarte, faz-se mister o decote da causa de aumento relativa ao emprego de arma, reclassificando-se o delito para o previsto no artigo 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal e reduzindo-se a reprimenda para 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, restabelecida a condenação estipulada pelo Juízo de primeiro grau (fls. 11-15).

Ante o exposto, **concedo a ordem**, para decotar a causa de aumento pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emprego de arma, reduzindo a pena para 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, nos termos da sentença de primeiro grau.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0305899-1

HC 228.827 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1472010 50100058450 5108657920108260000

EM MESA

JULGADO: 17/05/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO EDUARDO BUENO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROQUE JERÔNIMO ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO NASCIMENTO FERREIRA
PACIENTE : DIOGO ROCHA GUIMARÃES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, com ressalva de entendimento da Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE)."

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.