



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.340 - SP (2011/0226385-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DA SILVA RODRIGUES
PACIENTE : NEREU GONZAGA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE AGRAVADO. ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO REVÓLVER. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA DO ARMAMENTO. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP.

1. Consoante recente julgado da Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS).

2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.

3. Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

PENA REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. FORMA FECHADA. REINCIDÊNCIA E PRÁTICA RECORRENTE DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PERICULOSIDADE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

1. Tendo as instâncias ordinárias concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento de pena, diante da reincidência e da prática reiterada de crimes contra o patrimônio, reveladoras da maior periculosidade dos agentes envolvidos, não há que se falar em ilegalidade na imposição do modo fechado para o início do resgate da sanção.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.340 - SP (2011/0226385-7)

IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DA SILVA RODRIGUES
PACIENTE : NEREU GONZAGA DA SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de RAFAEL DA SILVA RODRIGUES e NEREU GONZAGA DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento da Apelação n.º 0035344-13.2008.8.26.0309, interposta pelas partes, negou provimento ao recurso defensivo e proveu o apelo do Ministério Público para, após reconhecer a majorante de emprego de arma de fogo, elevar a sanção dos pacientes para 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 157, § 2º, incisos I e II (por duas vezes), c/c art. 71, ambos do Código Penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não deveria incidir a majorante do inciso I do § 2º do artigo 157 do CP, pois a arma de fogo não foi apreendida e nem periciada, o que seria necessário para comprovar a sua potencialidade lesiva.

Salienta que os pacientes fariam jus ao regime semiaberto para início do cumprimento da sanção imposta, tendo em vista que preencheriam os requisitos do art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, do Código Penal.

Ressalta que a reincidência, já compensada com a confissão, não poderia ser utilizada para justificar o estabelecimento do modo de execução mais gravoso, porquanto prejudicaria os acusados por duas vezes.

Destaca que a gravidade genérica do delito, desprovida de vinculação com os arts. 59 e 33, do CP, não serviria para fundamentar a imposição do regime mais severo.

Requeru, liminarmente e no mérito, que fosse afastada a majorante pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emprego de arma de fogo, e fosse fixado o regime semiaberto para início do cumprimento da sanção imposta.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.340 - SP (2011/0226385-7)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que os pacientes foram condenados, em primeiro grau, à reprimenda de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II (por duas vezes), c/c art. 71, ambos do Código Penal, porque, no dia 25-8-2008, por volta das 14h05min, na cidade de Jundiaí/SP, em concurso de agentes, subtraíram para eles um notebook, e a quantia de R\$ 80,00 (oitenta reais), de propriedade da empresa vítima.

Consta ainda da denúncia que, no dia 1-9-2009, pouco mais de uma semana após o primeiro delito, os pacientes retornaram à empresa vítima, e, juntos, *"subtraíram para eles, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo: 02 aparelhos de telefone celular, 03 cartões de recarga de celular e cartões telefônicos diversos, tudo pertencente à empresa vítima, bem como a importância de R\$ 150,00"*, de propriedade da outra vítima (fls. 23) .

Contra essa decisão, ambas as partes interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo defensivo e deu proveu o recurso ministerial, para reconhecer a majorante relativa ao emprego de arma de fogo e elevar as penas de RAFAEL e NEREU para 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, e multa, como incursos no art. 157, § 2.º, I e II (por duas vezes), c/c art. 71, ambos do Estatuto Repressor, mantendo-se, no mais, os termos do édito condenatório.

A questão referente à legalidade ou não da manutenção da majorante do roubo, quando a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, findou dirimida neste Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EResp n. 961.863/RS, no dia 13-12-2010, pela sua Terceira Seção, que houve por bem rejeitar os embargos de divergência, em acórdão lavrado pelo Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp, assim ementado:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - 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. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só - desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

(EREsp 961863/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011)

Assim, restou confirmada a orientação que já vinha sendo seguida por esta Quinta Turma, pacificando nesse Superior Tribunal a questão referente à legalidade da aplicação da causa de especial aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, mesmo não tendo sido apreendido e periciado o revólver empregado no roubo, a fim de comprovar o seu poder vulnerante, quando existirem nos autos elementos de prova a atestar o seu efetivo emprego, não havendo, portanto, o que se falar em constrangimento ilegal na hipótese dos autos.

E isso porquanto, da documentação acostada ao *writ*, pode-se verificar que a utilização da arma de fogo está devidamente comprovada pelos relatos das vítimas, conforme se depreende da fundamentação do Tribunal impetrado, que deu provimento ao apelo ministerial nesse ponto, reconhecendo a incidência da majorante em questão:

*A vítima Admilson disse que Nereu anunciou o roubo e mostrou que portava uma arma sob sua blusa, enquanto Rafael recolhia o dinheiro do caixa e de um cliente. (fls. 90)
O ofendido Rafael Nunes informou que Nereu levantou a blusa e mostrou uma arma de fogo que portava, anunciando o assalto. (fls. 91)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

O uso de arma resta evidenciado pelas declarações das vítimas Admilson e Rafael que tanto na delegacia quanto em juízo afirmaram que viram a arma que o apelante Nereu trazia por debaixo da blusa. (fls. 37-38)

Nesse contexto, e verificando-se que no caso concreto as palavras das vítimas foram utilizadas para atestar o uso efetivo de arma de fogo no assalto, restando plenamente comprovado o seu emprego, não há como excluir da condenação a causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157, pois, além de comprovada pelos relatos aludidos, o poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, ou seja, sustente ausência de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar as vítimas, provar tal evidência, nos termos do contido no art. 156 do CPP, o que, diga-se, não ocorreu.

No tocante ao regime inicial de execução, verifica-se que o Juízo de Direito fixou o modo mais gravoso sob a seguinte fundamentação:

Observei as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do mesmo Código, em especial a conduta dos acusados e seus inúmeros antecedentes criminais (em apenso), o que demonstra a necessidade de fixação de regime prisional mais severo, tendo em vista a sua total incapacidade de ressocialização ou de reinserção no meio social. (fls. 32)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve o modo inicialmente fechado, ratificando o entendimento esposado pelo magistrado sentenciante (fls. 40).

Assim, da análise do contexto da lide, evidencia-se a ausência de ilegalidade na imposição do regime fechado, pois, conforme anotado pelo juiz singular, a reiteração criminosa dos pacientes em crimes contra o patrimônio, demonstrada pelos seus inúmeros registros, sendo inclusive reconhecida a reincidência em relação a ambos os pacientes (fls. 30), revelam a necessidade de fixação do regime prisional mais severo, posto ser o único adequado à repressão e prevenção do crime em questão.

De fato, a prática repetida de crimes da mesma espécie, ilustrada pela extensa folha de antecedentes criminais dos agentes, juntada às fls. 118/157, justifica o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encarceramento mais gravoso, ainda mais quando a remansosa jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado, nos termos dos julgados a seguir transcritos:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME CONTINUADO. 3 VÍTIMAS (DUAS COM 9 ANOS E UMA COM APENAS 6 ANOS). PENA CONCRETIZADA: 7 ANOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 6 ANOS. PACIENTE CONDENADO AO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO EM PRIMEIRO GRAU. ÓBICE À PROGRESSÃO CASSADO PELO TRIBUNAL A QUO. ELEIÇÃO DO REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL NÃO ADSTRITO À QUANTIDADE DA SANÇÃO IMPOSTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Na fixação do regime inicial de cumprimento da pena (art. 33, § 3º do CPB), o Juiz, com acerto judicante, não leva em conta tão só e apenas o total da reprimenda aplicada, mas realiza a análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do CPB), tendo em vista a finalidade de dito regime carcerário.

2. São distintos e inconfundíveis os propósitos e finalidades da operação intelectual do Juiz (i) para fixar o *quantum* da pena e (ii) para estabelecer o regime prisional do seu cumprimento, apesar de se valer do mesmo contexto de circunstâncias do art. 59 do CPB; na primeira delas, dá-se prioridade à verificação da culpabilidade do réu, mensurando a sanção pela medida necessária à repressão do ilícito, enquanto, na segunda, se tem como meta a segurança da sociedade e a reeducação do agente, daí porque não há correlação necessária ou de causa e efeito entre uma e outra operação. Esta correlação só ocorre quando a pena é superior a oito anos.

3. Inexiste constrangimento ilegal ou erro judicial na determinação do regime fechado para o início de cumprimento da pena, ainda que esta tenha sido fixada no mínimo legal, pois a forma de cumprimento não está adstrita à quantidade da sanção imposta, de maneira a obrigar o Magistrado a escolher regime mais brando apenas em função desse fator.

4. Se o Juiz, por benevolência, impuser pena mais branda do que a que deveria ter aplicado, não está ele obrigado a ser, também, benévolo na imposição do regime inicial de cumprimento dela, por não estar impedido de cumprir a lei com referência a esse regime. (HC 77.613/SP, Rel. para acórdão Min. MOREIRA ALVES, DJU 14.04.2000).

5. A Lei desatrela a pena aplicada do regime prisional, ainda que fundados nos mesmos critérios, ao impor o regime fechado ao condenado à pena privativa de liberdade superior a 8 anos e ao facultar o regime semi-aberto ao condenado à pena de mais de 4 até 8 anos (CPB, art. 33, § 2º, a e b), de forma a permitir que o Juiz, levando em conta a periculosidade do agente e a segurança



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da sociedade, imponha o regime prisional adequado. Faz o mesmo quando prevê a hipótese de transferência a regime mais rigoroso (CPB, art. 33, § 2º, e LEP, art. 118) (STF, HC 75.508/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU 07.11.1997).

6. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

7. Habeas Corpus denegado. (HC 98.295/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/5/2008, DJe 30/6/2008)

CRIMINAL. HC. RECEPÇÃO. REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

I. As circunstâncias consideradas na fixação do quantum da pena, mormente por decorrerem do mesmo fato concreto, devem repercutir também sobre a escolha do regime prisional inicial.

II. A lei permite ao magistrado, desde que fundamentadamente, fixar regime mais rigoroso, conforme seja recomendável por alguma das circunstâncias judiciais previstas no Estatuto Punitivo.

III. Se a sentença condenatória procedeu à devida motivação da pena, no que diz respeito às circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente – tais como a personalidade, voltada para a prática delitiva –, além de ter sido registrada a não-contribuição das vítimas para a ocorrência do delito, bem como a existência de lesões corporal sofridas por uma delas, não há que se falar em constrangimento ilegal em decorrência da imposição de regime inicial semi-aberto para o cumprimento da reprimenda, tanto que a pena-base não foi fixada no mínimo legal.

IV. Ordem denegada. (HC 45.110/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 3/11/2005, DJ 21/11/2005 p. 268).

Ante o exposto, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0226385-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 219.340 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13502008 353441320088260309

EM MESA

JULGADO: 15/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DA SILVA RODRIGUES
PACIENTE : NEREU GONZAGA DA SILVA

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.