



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.970 - SP (2014/0117960-1)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CLAUDIA ABRAMO ARIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS SOARES

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. MAJORANTE DESCARACTERIZADA. *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 se infere que, no *habeas corpus*, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, impõe-se ele 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 227.152, 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 ausente a potencialidade lesiva, não há como reconhecer 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. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao paciente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de março de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.970 - SP (2014/0117960-1)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : CLAUDIA ABRAMO ARIANO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS SOARES

RELATÓRIO

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

FRANCISCO DE ASSIS SOARES foi condenado à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte dias) de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e de 14 (quatorze) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal (fls. 18/24).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu (fls. 27/34) e, posteriormente, aos embargos infringentes (fls. 36/44).

Inconformada, a Defensoria Pública daquela unidade federativa impetrou, nesta Corte, *habeas corpus*, sustentando, em síntese, que "a arma apreendida estava desmuniada, como indica o auto de apreensão (fl. 15) e o laudo pericial (fls. 92/94). [...] Assim, a arma desmuniada não oferecia qualquer perigo à vítima, tal como se fosse uma arma de brinquedo. Se esta não configura a majorante, com a mesma razão aquela não o fará. Afinal, a conclusão para ambos os casos parte do mesmo paradigma: a existência de lesividade do objeto utilizado. Portanto, o aumento de 1/3 deve ser afastado" (fls. 01/14).

A Ministra Regina Helena Costa, então Relatora, indeferiu a liminar postulada (fls. 49/51).

Prestadas as informações (fls. 61/103), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação do *habeas corpus* (fls. 126/130).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.970 - SP (2014/0117960-1)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : CLAUDIA ABRAMO ARIANO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS SOARES

VOTO

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

01. Na ementa do acórdão relativo ao *Habeas Corpus* n. 300.638/MS, julgado em 24/02/2015, assentei:

"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 constitucional e legal se infere 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, impõe-se seja processado para aferição da existência de 'ilegalidade ou abuso de poder' no ato judicial impugnado, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para o caso (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)."

O precedente se aplica ao caso em exame.

Não há como conhecer do *habeas corpus*, porque substitutivo de recurso. Porém, deve ser processado *"para aferição da existência de 'ilegalidade ou abuso de poder' no ato judicial impugnado"*.

02. Assevera a impetrante que *"a arma apreendida estava desmuniada, como indica o auto de apreensão (fl. 15) e o laudo pericial (fls. 92/94). [...] Assim, a arma desmuniada não oferecia qualquer perigo à vítima, tal como se fosse uma arma de brinquedo. Se esta não configura a majorante, com a mesma razão aquela não o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fará. Afinal, a conclusão para ambos os casos parte do mesmo paradigma: a existência de lesividade do objeto utilizado. Portanto, o aumento de 1/3 deve ser afastado".

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

02.01. Está inscrito na sentença e no acórdão impugnados, respectivamente:

"Por outro lado, claro está o emprego de arma de fogo para constrangimento maior da vítima. A arma foi apreendida, conforme o auto de fls.15, e periciada (fls.92/94). A perícia atestou que a arma podia disparar eficazmente. **Irrelevante se a arma estava mesmo desmuniada, como alegou o réu, visto que a razão da majorante é o aumento da intimidação da vítima e do temor nela causado pelo emprego da arma. A vítima não tem como saber, no momento em que está sendo ameaçada, se a arma está ou não muniada. O fundamental é a consequência no ânimo do sujeito passivo, o forte abalo na resistência e na capacidade de defesa da vítima diante da agressão. A arma, descarregada ou não, infunde na vítima o justo receio de vir a pôr em risco sua integridade física, até porque desconhece a situação real da arma.** Nesse sentido, já se posicionaram os Egrégios Supremo Tribunal Federal (RT 540/419) e Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 32/412-3). Vale observar a fotografia da arma a fls. 26, que certamente acarreta acréscimo na grave ameaça. Impõe-se, portanto, a condenação do réu nos exatos termos da denúncia" (fls. 21/22 – o destaque não consta do original).

"A qualificadora referente ao emprego de arma de fogo restou caracterizada, pois embora a garrucha estivesse desmuniada, a arma serviu de instrumento para intimidar a vítima, anulando total e completamente sua capacidade reativa, dando mostra que sem ela talvez não ocorresse o roubo. Ademais, é indiscutível o temor que causa uma arma de fogo, restando, assim, configurada tal majorante" (fl. 30).

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 Britto, julgado em 16/06/2009);

II) "Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, § 2.º, inciso I, do Código Penal, cancelando, assim, o enunciado n.º 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 dominante e da premissa de que o réu praticou o roubo com o emprego de arma de fogo desmuniada – fato reconhecido na sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fls. 21/22) e amparado em laudo pericial –, impõe-se a concessão da ordem, de ofício, para, afastada a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, redimensionar as sanções impostas e estabelecer o regime para seu cumprimento.

02.02. Ante a ausência de outras causas especiais de aumento ou de diminuição, as penas fixadas na primeira e segunda etapas da dosimetria – 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa – ficam estabelecidas como definitivas.

Confirmo a sentença quanto ao regime (fechado) imposto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, pois o fato de haver circunstâncias judiciais desfavoráveis e de o réu ser reincidente impedem a concessão, desde logo, do regime prisional semiaberto para seu cumprimento (CP, art. 33, § 2º, "b" e § 3º).

03. À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*. De ofício, concedo a ordem, para redimensionar a pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0117960-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 294.970 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00595274420118260050 050110595270 20130000392914 50110595270
595274420118260050

EM MESA

JULGADO: 24/03/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CLAUDIA ABRAMO ARIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS SOARES

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.