

HABEAS CORPUS Nº 556.977 - SP (2020/0005330-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALUÍSIO IUNES MONTI RUGGERI RÉ - SP250354
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO DE SOUZA GARCIA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de ADRIANO DE SOUZA GARCIA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 1500220-22.2019.8.26.0530.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 16 dias-multa, pela prática do delito descrito no **art. 157, § 2º-A, I, do Código Penal** (e-STJ, fls. 32/36).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso para manter incólume a sentença primeva (e-STJ, fls. 44/48)

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/8), a impetrante afirma que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, na medida em que manteve a causa de aumento prevista no § 2º-A, do art. 157, *apesar de haver laudo pericial atestando que não havia potencialidade lesiva da arma supostamente utilizada na prática do crime, já que estava desmuniciada, o que é ilegal* (e-STJ, fl. 4), e o *percussor direito estava inoperante e ineficaz para a realização de disparos, restando prejudicada a potencialidade lesiva da arma* (e-STJ, fl. 5).

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, o afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º-A, I, do Código Penal, desclassificando o delito para roubo simples.

O pedido liminar foi indeferido pelo Ministro João Otávio de Noronha – Presidente do STJ –, à e-STJ, fl. 59, e as informações foram prestadas, às e-STJ, fls. 62/69.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ, fls. 75/82, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca a impetrante, em síntese, o decote da causa de aumento prevista no § 2º-A do art. 157 do Código Penal, ao argumento de inexistência de potencialidade lesiva do artefato.

Ao sentenciar o paciente, o Magistrado asseverou quanto ao tema que (e-STJ, fls. 34/35, grifei):

[...]

A materialidade do delito está comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 16/21, e pelo laudo pericial de arma de fls. 135/138 e 141/144 e pelo depoimento da vítima que confirmou a ocorrência do roubo. A autoria restou incontroversa por conta da confissão espontânea do réu que foi corroborada pelos depoimentos da vítima e da testemunha Valter que imputara a autoria do delito ao acusado. No que tange à qualificadora do emprego de arma, ainda que a arma estivesse desmuniada e o laudo pericial tenha concluído que o percussor do lado direito estava inoperante, mas o percussor do lado esquerdo estava operando, portando eficaz para realização de disparos, entendo que tal conclusão é suficiente para a configuração da qualificadora do emprego de arma de fogo, pois a meu ver não se exige a condição de pronto uso, ou seja, arma eficaz e municiada, entendo que basta a prova da eficácia da arma para realização de disparos para a configuração da referida qualificadora. Assim, rejeito a tese defensiva que pede o afastamento da qualificadora e tenho como configurado o delito previsto no artigo 157, parágrafo 2º-A, incisos I, do Código Penal.

Ao julgar o apelo defensivo, o Relator do voto condutor do acórdão, por sua vez, ratificou o entendimento acima, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 47/48, destaquei):

[...]

Busca a Defesa, apenas, o arredamento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo, eis que a garrucha se encontrava desmuniada e o percussor direito estava inoperante e ineficaz para a realização de disparos.

Sem razão.

Anote-se que a arma desmuniada, diferentemente da arma de brinquedo, não deixa de ser arma, adequando-se à tipificação da qualificadora relativa a seu emprego. Embora sem lesividade, ela intimida agudamente a vítima, inibindo a reação.

Exatamente como se verificou no caso concreto.

Nesse sentido, ponderável corrente jurisprudencial:

"Era sede de roubo qualificado pelo emprego de arma, o fato da mesma estar desmuniada é irrelevante para o reconhecimento daquela majorante" (TACrimSP: RJTACrim 36/357).

Aliás, o laudo pericial da garrucha calibre 38 concluiu que, "testado em disparos prova, os mecanismos da direita mostraram-se ineficazes enquanto os da esquerda mostraram-se eficazes".

Destarte, a arma de fogo, mesmo com defeito, estava apta à realização de disparos.

Com efeito, pela leitura dos recortes acima, constato o patente constrangimento ilegal apontado pela impetrante, porquanto nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o emprego de arma de fogo desmuniada, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, malgrado caracterize a grave ameaça configuradora do crime de roubo, não justifica o reconhecimento da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, ante a ausência de potencialidade ofensiva do artefato.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. ROUBO MAJORADO. USO DE ARMA DESMUNICIADA. AFASTAMENTO DA MAJORANTE. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL FECHADO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. A teor da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de arma de fogo, ainda que desmuniçada, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo desmuniçada, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, malgrado caracterize a grave ameaça configuradora do crime de roubo, não justifica o reconhecimento da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, ante a ausência de potencialidade ofensiva do artefato.

7. Malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal). Em verdade, o emprego de arma de fogo desmuniçada e a existência de processos em andamento em desfavor do réu (Súmula 444/STJ) não configuram motivação idônea para a fixação de regime prisional mais severo do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao réu.

8. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida em regime prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em meio mais severo. (HC n. 247.708/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 25/4/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

ROUBO. USO DE ARMA DESMUNICIADA. AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, §2º, I, DO CÓDIGO PENAL. JULGADO DO STF EM SENTIDO CONTRÁRIO. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, a arma de fogo desmuniada não pode ser considerada para o fim de caracterização da majorante do emprego de arma prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, porque presume-se ausente a sua potencialidade lesiva. Precedentes.

2. O princípio do livre convencimento do julgador autoriza a escolha de uma vertente jurisprudencial a respeito do tema em questão. A existência de julgado em sentido contrário a precedente desta Corte não é suficiente para a reforma da decisão.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.526.961/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 14/2/2017, DJe 17/2/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. ARTEFATO APREENDIDO. LAUDO PERICIAL. CONCLUSÃO. ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a utilização de arma de fogo desmuniada caracteriza a grave ameaça, mas não enseja a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, porquanto o artefato desprovido de potencialidade lesiva não é capaz de ensejar maior perigo de dano à integridade física da vítima ou de terceiros.

2. A arma de fogo apreendida com o acusado foi submetida à perícia que constatou estar o artefato descarregado e desacompanhado de munição.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 466.211/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 9/10/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE INTERESSE

DE AGIR. DELITO DE ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. A jurisprudência remansosa desta Corte Superior de Justiça preceitua que "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" (HC 173032/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2011).

*4. Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, para excluir a causa de aumento de pena concernente ao emprego de arma de fogo e reduzir a pena do paciente para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 11 (onze) dias-multa, mantidas as demais cominações da instância ordinária. (HC n. 338.338/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 4/2/2016, DJe 18/2/2016)*

Desse modo, decoto a causa de aumento pelo emprego de arma de fogo e passo ao novo cálculo da dosimetria das penas do paciente.

Na primeira fase, a pena-base fica mantida em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda etapa, mantenho a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, ficando as sanções inalteradas. Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e de aumento de pena, consoante visto acima, as reprimendas ficam definitivamente estabilizadas em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Em virtude do novo montante da pena privativa de liberdade – 4 anos de reclusão –, e da reincidência do paciente, fixo o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Fica mantida a negativa de substituição d apena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I e II, do

Superior Tribunal de Justiça

CP.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para fixar as sanções do paciente em 4 anos de reclusão, e 10 dias-multa, no regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Comunique-se, com urgência, o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília (DF), 24 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator