



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.005 - SP (2011/0232008-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JULIANA PASCUTTI FERREIRA OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDRO PEREIRA DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA). AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. POTENCIALIDADE LESIVA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA (NO CASO, A DECLARAÇÃO DA VÍTIMA). INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. ERESP N.º 961.831/RS. PRECEDENTES. REGIME INICIAL ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE DO DELITO. ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 440/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Conforme a orientação pacificada nesta Corte por ocasião do julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes.

2. Na hipótese, a comprovação da efetiva utilização da arma branca na prática do delito se deu com o depoimentos da vítima, conforme assentaram as instâncias ordinárias.

3. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena, conforme as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

ACÓRDÃO

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.005 - SP (2011/0232008-8)

IMPETRANTE : JULIANA PASCUTTI FERREIRA OLIVEIRA - DEFENSORA
PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXSANDRO PEREIRA DE SOUZA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEXSANDRO PEREIRA DE SOUZA, condenado como incurso no art. 157, § 2.º, inciso I, c.c art. 14, inciso II, do Código Penal, à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo.

Busca o Impetrante, liminarmente e no mérito, o afastamento da causa de aumento relativa ao emprego de arma, que não foi apreendida e periciada, e a fixação do regime inicial aberto de cumprimento de pena.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fl. 37.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 45/59, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.005 - SP (2011/0232008-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA). AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. POTENCIALIDADE LESIVA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA (NO CASO, A DECLARAÇÃO DA VÍTIMA). INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. ERESP N.º 961.831/RS. PRECEDENTES. REGIME INICIAL ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE DO DELITO. ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 440/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Conforme a orientação pacificada nesta Corte por ocasião do julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes.

2. Na hipótese, a comprovação da efetiva utilização da arma branca na prática do delito se deu com o depoimentos da vítima, conforme assentaram as instâncias ordinárias.

3. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena, conforme as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Cumprе ressaltar, de início, que a matéria ora submetida à apreciação desta Corte – relativa à imprescindibilidade, ou não, da apreensão e perícia da arma para a configuração da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal – é questão controvertida na jurisprudência e doutrina pátrias, tendo sido objeto de divergência também no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, após o julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, concluído no dia 13/12/2010, a Eg. Terceira Seção desta Corte, acompanhando voto divergente do Ministro Gilson Dipp, pacificou entendimento no sentido de serem dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.

A propósito, confira-se o que restou noticiado no Informativo n.º 460 deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"ROUBO. MAJORANTE. ARMA.

A Seção, ao prosseguir o julgamento, entendeu, por maioria, conhecer dos EREsp, apesar de o acórdão colacionado como paradigma advir do julgamento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No mérito, firmou, também por maioria, que a aplicação da majorante constante do art. 157, § 2º, I, do CP não necessita da apreensão e da perícia da arma utilizada na prática do roubo se outros meios de prova evidenciarem seu emprego, por exemplo, os depoimentos dos condutores, da vítima e das testemunhas, ou mesmo quaisquer meios de captação de imagem. Anotou que essa exigência de apreensão e perícia da arma não decorre da lei, que recentes precedentes do STF têm a arma, por si só, como instrumento capaz de qualificar o roubo desde que demonstrada sua utilização por qualquer modo (potencial lesivo in re ipsa) e que, por isso, cabe ao imputado demonstrar a falta de seu potencial lesivo, tal como nas hipóteses de arma de brinquedo, defeituosa ou incapaz de produzir lesão (art. 156 do CPP). Precedentes citados do STF: HC 96.099-RS, DJe 5/6/2009, e HC 104.984-RS, DJe 30/11/2010. EREsp 961.863-RS, Rel. originário Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Rel. para acórdão Min. Gilson Dipp, julgados em 13/12/2010."

É importante salientar que, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma.

Nesse contexto, a ausência de perícia na arma utilizada no crime, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar sua efetiva utilização na prática delituosa.

Na hipótese, o Juízo sentenciante reconheceu a causa de aumento, apesar de não ter sido apreendida e periciada a arma. Asseverou, para tanto, que *"a vítima disse que o réu estava com uma faca"* (fl. 16).

Como se vê, a despeito de não ter sido a arma apreendida e periciada, o seu efetivo uso na ação criminosa restou devidamente comprovado, consoante entenderam as instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria de prova, de forma suficiente à caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do *habeas corpus*.

Outro não é o entendimento desta Corte Superior de Justiça em casos análogos aos dos autos. Vejam-se, por todos, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA BRANCA. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O SEU EFETIVO EMPREGO. LESIVIDADE DO INSTRUMENTO QUE INTEGRA A SUA PRÓPRIA NATUREZA. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. PRECEDENTES. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO WRIT. RECURSO IMPROVIDO.

1. Segundo precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, mostra-se dispensável, para o reconhecimento da causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, a apreensão e submissão da arma branca à perícia para aferir a potencialidade lesiva, que no caso se presume, especialmente quando há outros elementos probatórios que atestam o seu efetivo emprego na prática delitiva.

[...].

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 148.864/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 01/08/2011.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. ADMISSIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL.

1. Segundo a orientação prevalente na Terceira Seção desta Corte, originada a partir do julgamento do EREsp-961.863/RS (julgado em 13.12.2010), para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não há a necessidade de apreensão da arma e submissão a perícia.

2. O efetivo emprego do artefato pode ser comprovado por outros meios de provas, tais como declarações da vítima ou depoimentos de testemunhas.

3. No caso, tem-se que a utilização de arma branca no roubo, levado a efeito pelo ora paciente, encontrou-se satisfatoriamente demonstrada, notadamente pela palavra da vítima, motivo por que não vejo como excluir a respectiva majorante.

4. Ordem denegada." (HC 176.435/MG, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 04/04/2011.)

Ademais, esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo: HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010; HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010, v.g..

Por outro lado, verifica-se que o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal local, apesar de fixar a pena-base no mínimo legal, pela inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, estabeleceu o regime inicial semiaberto, nitidamente, com base na gravidade *in abstracto* do delito.

Todavia, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, unicamente, com base na gravidade do crime. O regime apropriado, à espécie, é o **aberto**, conforme ditame do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal, segundo o qual "*o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*"

Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO SIMPLES, NA FORMA TENTADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. 2. Aplicação da súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

3. O sursis só é cabível quando preenchidos os requisitos constantes do art. 77 do CP, tais como pena não superior a 2 anos, primariedade e circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente. No caso dos autos, o ora Paciente não preenche o requisito objetivo, uma vez que condenado à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

4. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, mediante condições a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Penais." (HC 166.445/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/08/2011.)

Incide, na espécie, ademais, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade *abstracta* do delito."

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para, mantida a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação, fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena, conforme as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0232008-8

HC 220.005 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100471020058260050 2152005 50050100475 993060976583

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JULIANA PASCUTTI FERREIRA OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ALEXSANDRO PEREIRA DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.