



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 162.913 - SP (2010/0029230-2)**

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JESUÉ HIPOLITO FERNANDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN DE REZENDE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE NO ATO DE RECONHECIMENTO DO ACUSADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO EM OUTROS ELEMENTOS COLHIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. DECISÃO FUNDAMENTADA. DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. CRIME COMETIDO NA CLANDESTINIDADE. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*.

1. A alegada fragilidade do conjunto probatório, a ensejar a pretendida absolvição, é questão que demanda aprofundada análise de provas, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória.

2. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a suposta inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal não enseja nulidade do ato de reconhecimento do paciente em sede policial se o édito condenatório está fundamentado em idôneo conjunto fático probatório, produzido sob o crivo do contraditório, que asseste a autoria do ilícito ao paciente.

3. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo, na angusta via do *writ*, o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

4. Embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido da ação criminosa, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento, conforme se verifica ter ocorrido na hipótese.

CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 entendimento firmado no âmbito 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.

ROUBO. TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DE PENA EM 5/12 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 443 DESTES TJ. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de três causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. Verificando-se que as instâncias ordinárias impuseram a fração de 5/12 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior Tribunal. Exegese da Súmula 443 deste STJ.

EXECUÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS NS. 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. ALTERAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 33, § 2º, *b*, do CP estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos poderá iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais não se justifica a fixação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sistema carcerário mais gravoso com base unicamente em assertivas genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado. Súmula 440/STJ.

3. Na hipótese, o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, no modo inicial fechado, o qual foi firmado apenas com base na reprovabilidade abstrata do delito.

4. Ordem parcialmente concedida para para reduzir o *quantum* de aumento na terceira fase da dosimetria para 1/3, resultando na reprimenda de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa e para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção reclusiva imposta, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de abril de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.913 - SP (2010/0029230-2)

IMPETRANTE : JESUÉ HIPOLITO FERNANDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN DE REZENDE OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JONATHAN DE REZENDE OLIVEIRA contra acórdão proferido pela 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso de Apelação Criminal nº 990.08.179149-8, mantendo a condenação do paciente nos autos da Ação Penal nº 050.07.035340-9, da 3ª Vara Criminal da comarca de São Paulo, à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 14 (catorze) dias-multa, por violação ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Sustenta o impetrante que o paciente é vítima de constrangimento ilegal ao argumento de que é nulo o processo, porquanto não foram observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal no ato do reconhecimento do paciente, logo, este não seria prova de autoria idônea a embasar a sua condenação.

Defende que o paciente não poderia ter sido condenado com fundamento exclusivo nas declarações das vítimas, sem aparo em outros elementos idôneos que confirmassem a sua versão, devendo operar no caso o princípio do *in dubio pro reo*.

Argumenta que não haveria nos autos nenhuma prova de que o delito imputado ao paciente teria sido cometido com emprego de arma de fogo, ressaltando que o referido instrumento não foi apreendido e periciado, motivo pelo qual não poderia ser presumida a majorante em questão.

Assevera que, excluída a causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo, diante de duas majorantes, o acréscimo da sanção deveria ser feito com base no critério progressivo, isto é, na fração de 3/8.

Aduz que o paciente faz jus ao regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da reprimenda, pois é primário, portador de bons antecedentes e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, salientando que não seria possível a fixação de modo mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito, nos termos das Súmulas 718 e 719 desta Corte de Justiça.

Requer a concessão da ordem para que se casse o acórdão objurgado, extinguindo-se a ação penal por falta de justa causa ou anulando-se o processo *ab initio* em razão das ilegalidades ocorridas durante a instrução. Subsidiariamente, requer o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo, procedendo-se nova análise da dosimetria do paciente e a fixação do regime semiaberto como o inicial para o resgate da reprimenda corporal.

Instrui a inicial com alguns documentos (e-STJ fls. 32 a 63), sendo prestadas as informações pela autoridade impetrada (e-STJ fls. 72 e 73), oportunidade em que acostou cópia de diversas peças processuais (e-STJ fls. 74 a 111).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.913 - SP (2010/0029230-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Não obstante a impetração traga a assertiva de que inexistente respaldo probatório para a condenação do paciente, constata-se que para se acolher o pleiteado no *writ*, no sentido da sua absolvição por insuficiência de provas, é necessário o revolvimento aprofundado do conjunto de elementos contidos no processado, ao qual não é o *mandamus* o instrumento adequado, sendo inviável proceder-se conforme requerido no remédio constitucional.

In casu, constata-se que o Juízo Singular, ao proferir a sentença, após proceder ao cotejo do contexto probatório, formou seu livre convencimento, concluindo pela existência de autoria e materialidade assestadas ao paciente, fundamentando o édito repressivo no boletim de ocorrência, nos autos de exibição e apreensão, entrega e avaliação, bem como nos depoimentos prestados em juízo pelas vítimas Fernando, Rozinete e Ângela - que assumem total relevância nos delitos cometidos na clandestinidade -, como se observa dos seguintes excertos, *in verbis*:

"Claro desponha das declarações colhidas (fls. 188/189, 191/192 e 194/195) que Fernando inicialmente estava com sua filha Alice (com 3 ou 4 anos de idade) se dirigindo à garagem de sua residência quando foi empurrado por um dos assaltantes, que assim o derrubou no chão, vindo a por ali passarem mais dois roubadores, que se dirigiram à parte superior daquele imóvel, para onde aquele ofendido (Fernando) também foi conduzido e, lá chegando, constatou que aqueles outros agentes já tinham dominado sua esposa (Ângela), seu filho Tomás (com 1 ano de idade) e a babá (Marli), tendo a empregada (Rozinete) também sido subjugada quando ali chegou. Os assaltantes (o total visto foi 3, todos empunhando arma de fogo) se revezavam entre si na vigilância dessas vítimas, amarrando-as (exceto aqueles filhos), bem como a subtração do notebook, da câmera, dos celulares, das roupas, dos brinquedos e dos R\$ 1.000,00, na posse dos quais deixaram o 'locus', levando consigo o Meriva, veículo este também então roubado. O assalto transcorreu por cerca de uma hora e meia ou duas horas, e as vítimas conseguiram se desvencilhar daquelas amarras após cerca de uma hora. A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

polícia, acionada, conseguiu localizar, dentre todas as 'res' apenas aquele veículo (exibido e apreendido a fls. 22/24, e periciado a fls. 48/54).

Muito embora a ofendida Rozinete refira não ter tido segurança nos reconhecimentos extrajudiciais que fez e não tenha sabido dizer se o réu foi um dos agentes, também em audiência explícita que lá reconheceu **(pessoalmente) Jonathan** (cf. fotografias de fls. 86) como sendo um dos assaltantes.

Apesar de a vítima Fernando dizer em Juízo que tal réu não parece ser o roubador que reconheceu na delegacia, assevera que o então reconhecido **(pessoalmente)** o foi **com segurança**, tratando-se, portanto, de Jonathan (auto de fls. 79).

Outrossim, a ofendida Ângela, também aludindo às fotografias de fls. 86, afirma ter reconhecido **seguramente** esse réu na delegacia **(inicialmente por fotografia e, depois, pessoalmente, voltando a reconhecê-lo em audiência)**.

Nesse conjunto, totalmente irrelevante se apresenta o fato de os relacionamentos terem sido feitos sem estrita observância do artigo 226 do Estatuto Processual Penal, posto que, como **também** realizados **pessoalmente e sob o crivo do contraditório**, houve a possibilidade da mais ampla defesa e, mesmo assim, nada foi demonstrado que retirasse o valor probante desses atos.

Demais disso, **não** é do contraditório que, quando dos reconhecimentos, era 'possível' ('sic' art. 226, II, do CPP) ser o réu perfilado a outras pessoas com quem guardasse alguma semelhança.

Vale lembrar, por oportuno, que o inquérito é procedimento meramente informativo, instrumento de esclarecimentos para a formação da opinio delicti, de forma que nenhuma nódoa sua pode ter o condão de contaminar o processo.

[...].

Ou seja, independentemente de qualquer outro inquérito/processo, de encontro de algum pertence de vítima e/ou arma na sua posse, indubitável está que Jonathan foi um dos agentes que dolosamente praticaram o roubo imputado (art. 29 do CP), não sendo o caso, conseqüentemente, nem mesmo de conversão do julgamento para alguma diligência, muito menos 'verbi gratia', para submissão do acusado a reconhecimento na forma do artigo 226 do Estatuto Processual Repressivo, porquanto inexistente qualquer nulidade nestes autos.

Inclusive, ele, negando qualquer envolvimento no irrogado, declina que na data dos fatos conduzia o veículo de sua esposa ('acha que trabalhou à tarde na data dos fatos'), no qual também estavam seus colegas de trabalho de lotação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'Renato' e 'Marcelo', mas **nenhuma** dessas pessoas - tampouco 'Leandro', também aludido no interrogatório - foi ouvida sob o contraditório a beneficiá-lo de alguma maneira **no caso concreto**.

[...].

Aliás, as testemunhas de defesa aludem ao acusado como boa pessoa, honesta e trabalhadora, nada sabendo sobre fatos que possam desaboná-lo, quando, na verdade, o mesmo já conta com outros feitos criminais em andamento, inclusive por roubos e arma de fogo (fls. 137/138: 256, 257, 259, 260 e 262).

Por outro lado, em casos dessa ordem é de se dar total crédito às palavras das vítimas [**mesmo quando isoladas, sem testemunha(s) ocular(es)**: JUTACRIM 90/318], uma vez que não demonstrada na instrução da causa **nenhum equívoco** tampouco alguma **animosidade específica** a sinalizar intenção prejudicial, o que patenteia que o interesse das mesmas não é outro senão o de dizer a verdade e não, em absoluto, inculpação sem justa razão.

[Outrossim, policial, quando ouvido como testemunha, também **sujeita-se ao crime de falso testemunho**, de modo a carecer de qualquer embasamento legal a alegação de que o seu relato deve ser visto com reservas, como parcial, mesmo porque **o que interessa é o conteúdo de verdade do depoimento no contexto probatório, e não a condição de quem o presta.**]

É bem de ver ainda que, reduzindo a possibilidade de defesa da 'res', o '**concurso delinquentium**', dada a sua natureza **objetiva**, prescinde de prévio ajuste (RT 780/607), subsumindo-se ao artigo 157, § 2º, **II**, do Código Penal, até quando há concorrente inimputável (RT 791/734) c/ ou desconhecido (JTJ 248/420).

[...].

Igualmente presente '**in casu**' a causa de aumento de pena atinente ao emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do CP), haja vista que os autos evidenciam esta circunstância, resultando despicienda em casos tais a apreensão instrumental (JUTACRIM 93/378 e RJDTACr 19/159), bem como, por consequência, submissão à perícia para aferição da capacidade vulnerante (JUTACRIM-SP 84/292, RT 676/315 e RDJ 15/159), encontrando **essa majorante incidência até mesmo quando trata-se de arma desmuniada, defeituosa ou de brinquedo** (RT 592/435, JSTJ 25/234, RSTJ 36/497 e JCAT 64/284), pois '**a sua utilização atua no ânimo da vítima**' (JTAERGS 101/64).

Ainda, como as vítimas tiveram suas liberdades restringidas (as maiores **chegaram a ser amarradas**), a incidência da qualificadora do artigo 157, § 2º, V, '**in casu**', também se impõe, até porque a lei não faz nenhuma distinção quanto ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*interstício c/ ou finalidade respectivos - e '**ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus**'.*

*Nem há se cogitar em '**conatus**', até porque, além de não ter havido prisão flagrancial, **tão-só parte de 'res' foi recuperada**, o que evidencia a consumação delitiva.*

[...].

*Assim, comprovadas suficientemente a existência delitiva e sua autoria (**que é o que importa**: RJTACRIM 33/83 e JUTACRIM 55/61), nem mesmo pequenas contradições na prova pessoal haurida (fls. 188/189, 191/192 e 194/195) podem elidir a condenação.*

*Desencontros entre a fase extrajudicial e o coligido em pretório também não podem obstá-la, pois é obtido sob o **contraditório** e a **ampla defesa** que prepondera (JTACrimSP 47/202 e RT 680/379).*

*Assim, satisfatoriamente elucidado o irrogado (não sendo o caso, pois, de **qualquer** desclassificação delitiva), resulta inteiramente despicienda a realização de qualquer outra providência probatória, inclusive inquirição de outra(s) testemunha(s) [civil(s) ou não], valendo anotar, '**mutatis mutandis**', que, '**se outras pessoas havia no local da diligência, cumpre à defesa arrolá-las como testemunhas**' (RT 574/401).*

*Aliás, a demonstração de **qualquer** causa de exclusão de ilicitude ou da culpabilidade **é ônus de quem alega** (art. 156 do CPP), **exigindo comprovação inequívoca** (RT 387/326 e RJD 7/151) o que, **como visto**, inorre nestes autos.*

*Evidenciada nesses moldes a tipicidade do perpetrado, nenhuma das teses defensórias, tampouco quaisquer das juntadas operadas pode, '**in casu**' beneficiar o réu" (e-STJ fls. 75 a 83).*

Além disso, observa-se que o Órgão Colegiado, no acórdão objurgado, entre outros fundamentos, consignou que:

"O pedido de Jonathan para apelar em liberdade a esta altura está prejudicado em razão do julgamento que ora se realiza.

A materialidade do crime emerge dos Boletins de Ocorrências (fls. 03/06 e 18/21), bem como dos autos de exibição e apreensão, entrega e avaliação (fls. 22/24, 27, 30 e 106/107).

No que concerne à autoria, perante o Delegado de Polícia, Jonathan manteve-se em silêncio (fls. 81). Sob o crivo do contraditório, negou os fatos. Alegou que na companhia de seus colegas de trabalho, Marcelo e Renato, conduzia o veículo de sua esposa, quando parou no posto de gasolina



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para abastecer o carro percebeu que uma senhora o olhava fixamente. Logo depois que saiu daquele local foi abordado por policiais e conduzido à Delegacia sob o argumento de que havia sido reconhecido por uma vítima de roubo. No Distrito foi submetido a reconhecimento pessoal, onde foi apontado por duas vítimas de roubo como o autor do crime. Asseverou que não conhecia tais pessoas e não sabia porque estava sendo acusado (fls. 146/147).

Sua versão, porém, não convence.

Fernando contou que estava com sua filha Alice e dirigia-se à garagem de sua residência quando foi empurrado ao chão por uma pessoa; em seguida passaram mais duas pessoas, as quais se dirigiram à parte superior da casa, para onde ele também foi conduzido. Percebeu que sua esposa, seu filho, a babá e a empregada já haviam sido dominados. Todos os assaltantes estavam na posse de arma de fogo e se revezavam na vigilância das vítimas, que estavam amarradas. Após a rapina, os agentes fugiram com o veículo Meriva. cerca de uma hora depois, as vítimas conseguiram se desvencilhar das amarras e chamar a polícia, esta recuperou o automóvel, mas não os outros bens. Em Juízo Fernando não teve certeza se o acusado presente era um dos roubadores, porém confirmou que na Delegacia havia reconhecido sem margem de dúvidas o autor do assalto, bem como a pessoa retratada na fotografia acostada aos autos (fl. 86), acrescentando que nenhum deles usava capuz ou algo que pudesse encobrir seus rostos na ação criminosa (fls. 188/189).

Ângela corroborou o relato de seu marido e apontou o acusado como um dos ladrões, por meio das fotografias (fl. 86), pessoalmente no Distrito Policial e em audiência (fls. 191/192).

Rozinete, empregada na casa assaltada, contou que ao chegar à residência os moradores já estavam dominados por três pessoas armadas. Apesar do reconhecimento não ter sido seguro, afirmou serem suas as assinaturas constantes nos autos de reconhecimento de fls. 15 e 80 (fls. 194/195).

Marli, embora não ouvida em Juízo, na Delegacia confirmou o assalto na casa de seus patrões, apresentando a mesma versão deles e da empregada. Porém, disse não ter condições de fazer o reconhecimento, pois os assaltantes alertaram-na para não olhar para eles e assim procedeu (fls. 45/46).

O fato de algumas das vítimas não terem sido tão incisivas por ocasião do reconhecimento em Juízo pode ser explicado pelo tempo decorrido entre a data do crime (15/03/2007) e a data em que foram ouvidas sob o crivo do contraditório (12/02/2008).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao contrário do que afirma a Defesa, o reconhecimento na fase inquisitória foi realizado nos termos do artigo 226 do Código de Processo Penal. Marli confirmou que na ocasião do reconhecimento pessoal o réu estava perfilado com outras duas pessoas que eram parecidas entre si (fls. 45/46).

E mesmo que assim não fosse, o desrespeito às formalidades do artigo 226, do Código de Processo Penal não gera automaticamente nulidade. As providências ali determinadas devem ser cumpridas, se possível.

[...].

Além disso, Ângela reconheceu Jonathan sem sombra de dúvidas como um dos autores do assalto e seu marido afirmou ter reconhecido o roubador, na Delegacia, com absoluta certeza (fls. 183).

É preciso ter em mente que as vítimas não conheciam o réu. Nenhum interesse, assim, teriam para gratuitamente incriminá-lo, atribuindo-lhe a autoria de tão grave crime.

Registra-se, ainda, que em crimes como o aqui tratado, rotineiramente praticados na clandestinidade, raramente há testemunha presencial, sendo, assim, de importante relevo as palavras das vítimas, devendo ser analisadas em cotejo com o restante das provas.

[...].

O fato de não ter sido encontrado com o apelante nenhum dos bens subtraídos não o exime de sua responsabilidade e pode ser explicado pelo lapso de tempo decorrido entre os fatos e a sua prisão.

A justificativa do réu, de que estava trabalhando no momento em que o crime ocorreu não convence, não basta para isentá-lo da imputação e não está amparada em nenhum elemento de convicção. As testemunhas arroladas pela Defesa, embora tenham afirmado que o réu trabalhava no transporte de pessoas, não disseram que ficaram na companhia de Jonathan no dia e horário dos fatos, tampouco souberam precisar o horário do apelante naquele trabalho (fls. 216/217, 220, 222 e 234/235).

Assim, a Defesa não demonstrou, como lhe incumbia, à luz da regra do artigo 156 do Código de Processo Penal, o que alegou. Sequer insistiu no depoimento da testemunha Anderson Ferreira de Souza, pessoa que sempre trabalhava com o apelante e que poderia inocentá-lo (fls. 151/152 e 236).

Inviável, então, o acolhimento da pretensão absolutória" (e-STJ fls. 35 a 42).

Nesses termos, verifica-se que as decisões hostilizadas afastaram as teses defensivas, fazendo, na sequência, cotejo das provas carreadas aos autos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantendo a condenação do paciente pela prática do delito de roubo circunstanciado, com fundamento em contexto fático-probatório válido para demonstrar o crime e sua autoria.

Cumpre ressaltar, por oportuno, que embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido da ação criminosa, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento, conforme se verifica ter ocorrido na hipótese.

A propósito, confira-se a lição de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha:

"Um exame a respeito da interpretação jurisprudencial sobre a validade e credibilidade do depoimento do ofendido nos leva a duas vertentes, cada qual com sua fonte própria: a pessoa da vítima e a natureza do crime.

O primeiro elemento a ser examinado diz respeito à pessoa do ofendido: os antecedentes e a formação moral (RT, 154:50 e 219:92, e RF, 218:371); a idade (RT, 195:355); o estado mental e a maneira firme ou titubeante como presta seu depoimento (RT, 269:136).

A soma dos resultados obtidos com a análise de cada um de tais fatores levará a uma maior ou menor credibilidade.

Em segundo lugar, há que se examinar diante da natureza da infração. Certos delitos são cometidos na clandestinidade, às ocultas, de sorte a, na maior parte das vezes, contar somente com a força acusatória da palavra do ofendido.

Entre eles podemos citar os delitos contra os costumes e o roubo, pela própria essência perpetrados às ocultas.

Em tais casos, admite-se a palavra da vítima como alicerce condenatório, desde que segura, crível e verossímil." (Op. cit., p. 150 e 151.)

Sobre o assunto, confira-se os seguintes precedentes deste Sodalício:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. PROVAS COLHIDAS UNICAMENTE NA FASE INQUISITORIAL. RECONHECIMENTO PESSOAL. RATIFICAÇÃO DE DEPOIMENTO EM JUÍZO. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. CONTATO DIRETO COM O AGENTE CRIMINOSO. PRISÃO EM FLAGRANTE. POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"1. Não há falar em prova colhida unicamente no curso do Inquérito Policial quando feito o reconhecimento pessoal do paciente na fase pré-processual e ratificado pelas vítimas em juízo.

"2. In casu, o reconhecimento pessoal do paciente não ocorreu na fase processual diante do seu não comparecimento à audiência.

"3. A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso.

"4. A prisão em flagrante do paciente pelos milicianos na posse do bem subtraído robustece a certeza da autoria do delito.

"5. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo ser utilizado como meio probatório válido para fundamentar a condenação.

"6. Ordem denegada".

(HC 143.681/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010).

Trilhando idêntico rumo, cita-se:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DEPOIMENTO EXCLUSIVO DA VÍTIMA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APROFUNDAMENTO NA PROVA. ARMA NÃO ENCONTRADA E PERICIADA. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. ORDEM DENEGADA.

"1- O habeas corpus, por não comportar exame da prova, em profundidade, não é meio hábil para o pedido de absolvição.

"2 - As declarações da vítima, apoiadas nos demais elementos dos autos, em se tratando de crimes cometidos sem a presença de outras pessoas, é prova válida para a condenação, mesmo ante a palavra divergente do réu.

"3 - É aplicável a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, ainda que a arma de fogo não tenha sido apreendida e periciada, desde que existam outros elementos probatórios que confirmem a sua efetiva utilização no crime (Precedentes).

"4 - Ordem denegada".

(HC 83.479/DF, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 01/10/2007, p. 344).

Ademais, de acordo com o entendimento consolidado nesta Corte Superior de Justiça, a suposta inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal não enseja nulidade do ato de reconhecimento do paciente em sede policial caso o édito condenatório esteja fundamentado em idôneo conjunto fático probatório, produzido sob o crivo do contraditório, que asseste a autoria do ilícito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao paciente, exatamente como se constata ter ocorrido na hipótese dos autos.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO ATO DE RECONHECIMENTO DO ACUSADO. IMPROCEDÊNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE.

"1. Não se proclama a existência de nulidade do ato de reconhecimento do agravante, visto que sua condenação está amparada em idôneo conjunto fático-probatório, notadamente nos depoimentos prestados na fase judicial, impondo-se notar que o reconhecimento realizado com segurança pelas vítimas, em juízo, sob o pálio do contraditório, prescinde das formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal.

"2. A análise do pedido de absolvição por falta de provas demandaria o exame aprofundado das provas, providência incompatível com a via estreita do recurso especial.

"3. Havendo circunstâncias judiciais negativas a recomendar o regime mais gravoso, mostra-se correta a estipulação do regime fechado, de acordo com o que preceitua o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

"4. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no Ag nº 972087/SC, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, julgado em 26-5-2008, DJe 16-6-2008).

De igual teor transcreve-se:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS II E V, DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO DE PESSOAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. CONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS.

"I - A alegada inobservância do preceituado no art. 226, do Código Processual Penal, quando do reconhecimento do paciente, configura nulidade relativa que, diante do princípio pas de nullité sans grief, deve ser argüida em momento oportuno, com a efetiva demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de convalidação (Precedentes)

"II - Demais disso, tendo a fundamentação da sentença condenatória, no que se refere à autoria do ilícito, se apoiado no conjunto das provas, e não apenas no reconhecimento por parte da vítima, na delegacia, não há que se falar, in casu, em nulidade por desobediência às formalidades insculpidas no art. 226, II, do CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...).

"Writ parcialmente concedido. Habeas corpus concedido de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena". (HC nº 127.000/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 7-5-2009, DJe 31-8-2009).

Cumpre destacar, ainda, que para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo como pretendido no *writ* seria necessário, sim, o exame aprofundado de provas, providência que é, conforme já afirmado, inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente.

Com efeito, a estreita via do *mandamus* não permite análise dilatada de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais os Juízos das instâncias anteriores formaram o seu convencimento no sentido da condenação do paciente, especialmente como na hipótese, na qual a sentença e o acórdão objurgado apresentaram fundamentação suficiente à manutenção da decisão condenatória pela prática do referido crime, sendo indubitável que, para se concluir de forma diversa, é imprescindível, repita-se, adentrar-se e proceder-se a exame minucioso do conjunto probatório, providência para a qual não se presta o presente remédio constitucional, diante da celeridade do seu rito procedimental, notoriamente marcado pela ausência de dilação probatória.

Nesse sentido colaciona-se:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE POR MEIO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

"(...).

"2. O habeas corpus não permite exame de pedido de absolvição, posto que não comporta dilação probatória.

"3. Ordem denegada" (HC nº 83.581/DF, relª JANE SILVA, Desembargadora convocada do TJMG, Quinta Turma, julgado em 13-9-2007, publicado no DJ de 1º-10-2007, p. 345).

Na mesma direção colhe-se:

"PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS IDÔNEAS A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBASAR A CONDENAÇÃO. EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

"I - Percebe-se que o reprochado acórdão analisou de forma cuidadosa o material probatório existente nos autos e concluiu pela condenação do paciente, uma vez que a autoria do delito que lhe fora imputado na exordial restou incontroversa.

"II - Assim, no caso em tela, infirmar a condenação do paciente ao argumento de insuficiência das provas coligidas demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus** (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

"[...].

"Habeas corpus denegado." (HC nº 109.651/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 24-11-2008, publicado no DJ de 9-2-2009).

Dessa forma, tendo a decisão impugnada asseverado que, *in casu*, há provas da ocorrência do delito e da autoria assestada ao paciente, e apresentado fundamentação idônea e suficiente à condenação, não há o que se falar em desconstituição do édito repressivo, pois, de uma superficial análise do contexto fático-probatório contido no *mandamus*, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal quanto a este ponto.

No tocante à pretendida exclusão da majorante do roubo prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, quando a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, cabe ressaltar que a questão 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 a ser lavrado pelo Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp.

No Informativo n. 460 deste Sodalício, restaram explicitados os motivos da rejeição dos embargos apontados em que se visava fosse solucionada a divergência existente entre as duas Turmas deste STJ no tocante à matéria ora em debate:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Na esteira do entendimento adotado pela Terceira Seção, pode-se citar os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.

2. Hipótese em que a Corte estadual assentou a existência de prova

oral suficiente a demonstrar a utilização da arma de fogo pelo réu, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.

3. Ordem denegada. (HC n. 164.063/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3-2-2011, DJU de 21-2-2011).

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. ASSALTO A AGÊNCIA BANCÁRIA. SUBTRAÇÃO DE VALORES E DE ARMAMENTO DOS VIGIAS DO ESTABELECIMENTO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, do CP. DESNECESSIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APREENSÃO E PERÍCIA DO PETRECHO PARA COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. TESE PREVALENTE NA 3ª SEÇÃO DESTA CORTE.

- 1. A deficiente instrução do writ inviabiliza o enfrentamento da alegação de que teriam sido utilizadas condenações sem trânsito em julgado a título de maus antecedentes.*
- 2. Na hipótese, não cuidou a impetrante de juntar aos autos cópia da folha de antecedentes criminais, razão pela qual não se acolhe o pedido de redução da pena-base.*
- 3. Segundo a orientação prevalente na Terceira Seção desta Corte, originada a partir do julgamento do EREsp nº 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.*
- 4. Em casos que tais, o efetivo emprego do artefato pode ser comprovado por outros meios, tais como as declarações da vítima ou depoimento de testemunhas.*
- 5. No caso, os acusados ingressaram em agência bancária portando simulacros de arma e, ato contínuo, renderam os vigilantes, subtraindo os revólveres que estes portavam.*
- 6. Ordem denegada. (HC n. 141.587/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16-12-2010, DJU de 14-2-2011).*

Assim, findou 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 por elementos de prova produzidos nos autos, conforme se infere da fundamentação da sentença condenatória no ponto em que reconhece a incidência da majorante em questão:

"Igualmente presente 'in casu' a causa de aumento de pena atinente ao emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do CP), haja vista que os autos evidenciam esta circunstância, resultando despicienda em casos tais a apreensão instrumental (JUTACRIM 93/378 e RJDTACr 19/159), bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*como, por consequência, submissão à perícia para aferição da capacidade vulnerante (JUTACRIM-SP 84/292, RT 676/315 e RDJ 15/159), encontrando **essa majorante incidência até mesmo quando trata-se de arma desmuniçada, defeituosa ou de brinquedo** (RT 592/435, JSTJ 25/234, RSTJ 36/497 e JCAT 64/284), pois 'a sua utilização atua no ânimo da vítima' (JTAERGS 101/64)" (e-STJ fls. 81).*

A Corte de origem, por sua vez, manteve a incidência da causa de aumento, por entender que *"as qualificadoras (emprego de arma, concurso de agentes e restrição de liberdade das vítimas) também ficaram comprovadas, emergindo da análise da prova oral, que confirmou o envolvimento de pelo menos três roubadores armados, que amarraram as vítimas que conseguiram se libertar somente depois de uma hora"* (e-STJ fls. 42 e 43).

Nesse contexto, e verificando que, na hipótese em exame, as instâncias ordinárias apoiaram-se nos depoimentos das vítimas para comprovar a utilização de arma de fogo no delito perpetrado, não se pode dizer que incorreram em constrangimento ilegal.

Com efeito, de acordo com posicionamento firmado pela maioria dos componentes da Terceira Seção deste STJ, em observância à orientação do Supremo Tribunal Federal, que em vários precedentes tem firmado que a arma de fogo, por si só, já é dotada de poder vulnerante, decidiu-se que não há necessidade de comprovar-se pericialmente seu efetivo poder de fogo para justificar a aplicação da agravadora do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, quando presentes outros elementos probatórios a atestar o seu efetivo emprego na prática delitiva.

A propósito, pode-se citar o seguinte precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal:

ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA.

I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

II - Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa.

III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

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.

V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

VII - Precedente do STF.

VIII - Ordem indeferida. (HC 96.099/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 19-2-2009).

Nesse mesmo sentido, também do Supremo Tribunal Federal, tem-se:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. INSTRUÇÃO CRIMINAL QUE EVIDENCIOU O EFETIVO MANEJO DO ARTEFATO OFENSIVO. PROVA TESTEMUNHAL. INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA MAJORANTE. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA.

1. À falta de apreensão da arma de fogo, mas comprovado o seu emprego por outros meios idôneos de prova, não há como refugar a aplicação do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

2. A incidência da circunstância majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do estatuto incriminador está justificada no maior potencial de intimidação e conseqüente rendição da vítima, provocadas pelo uso de arma de fogo. Precedente do Plenário do STF: HC 96.099, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski. Precedentes da Primeira Turma: 94.236 e 101.534, da minha relatoria. Precedentes da Segunda Turma: HC 94.448, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie; HC 94.616, da relatoria do ministro Celso de Mello.

3. Habeas corpus indeferido." (HC 104653, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 17/08/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010 EMENT VOL-02415-03 PP-00449).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RHC. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

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.

II - Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - A majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

IV - Recurso desprovido. (RHC 103544, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 18/05/2010, DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-03 PP-00564 RJP v. 6, n. 34, 2010, p. 103-107).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DA ARMA E DE PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a qualificadora do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, já que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial. Precedentes. 3. Compete ao acusado o ônus de provar que não utilizou arma de fogo ou que a arma utilizada não tinha potencialidade lesiva, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

4. Ordem denegada. (HC 100187, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-03 PP-01087).

Diante das considerações já trazidas pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda por motivos de política criminal, haja vista o crescente aumento da criminalidade violenta, especialmente nas capitais e grandes cidades do país, este Relator vinha entendendo que exigir-se a perícia nesses casos teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o revólver empregado na prática delituosa, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

Agora, com o julgamento do EResp n. 961.863/RS, que unificou a jurisprudência deste Sodalício, não mais há o que se falar em constrangimento ilegal na manutenção da causa de aumento nas hipóteses em que a arma não foi apreendida e comprovado pericialmente seu poder de fogo, quando atestada a sua utilização por outros meios de prova.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, verificando-se que no caso concreto as palavras das vítimas foram utilizadas para atestar o uso efetivo de arma de fogo, 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 que tange ao aumento efetuado na terceira etapa da dosimetria, em razão da presença de três causas de especial aumento, observa-se que o Juízo singular optou por fixar a fração em 5/12 (cinco doze avos), pelos seguintes fundamentos:

*"Majoradas as penas em 5/12 pelos incisos I, II e V, do artigo 157, § 2º, totalizam 5 anos e 8 meses de reclusão, e 14 dias-multa, no menor valor unitário, por não existir notícia sobre a respectiva situação econômica. Essa qualificação se justifica pelo número de circunstâncias agravadoras, na medida em que **cada uma** delas torna o crime ainda mais grave, explicitando **maior reprovabilidade da conduta**, além da **maior periculosidade do agente**" (e-STJ fls. 84)*

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve o *quantum* de aumento para 5/12 (cinco doze avos), no que tange às majorantes do roubo, consoante se deduz da leitura do seguinte excerto do aresto objurgado, *in verbis*:

*"[...] Então, correta a fixação da pena-base no patamar mínimo, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na fase seguinte, sendo três as qualificadoras, incidiu o aumento de 5/12, adequada para a hipótese, totalizando pena final de **cinco anos e oito meses de reclusão e mais catorze dias-multa, no piso mínimo**" (e-STJ fls. 43).*

Da leitura dos excertos colacionados, constata-se que a pena do paciente foi aumentada apenas considerando-se a quantidade de majorantes do crime de roubo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e, assim decidindo, as instâncias ordinárias foram contra o enunciado sumular n.º 443 desta Corte Superior, *in verbis*: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes." Assim sendo, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável ao acusado e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 158 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CARACTERIZADO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVOSO. RÉU PRIMÁRIO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Muito embora a apreensão da arma seja obrigação da polícia e sua posterior perícia imprescindível para a correta aplicação da majorante inserta no inciso I do § 2º do art. 157 do CP (art. 158 do CPP), eventual impossibilidade da apreensão, com a consequente não realização da perícia, autoriza a utilização de outros meios de provas para suprir tal deficiência instrutória, nos termos do art. 167 do CPP.

2. Consoante reiterada jurisprudência do STJ, a presença de duas causas especiais de aumento de pena no crime de roubo pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal. Destarte, Juízo sentenciante não fica adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento.

3. Conforme o magistério jurisprudencial, estabelecida a pena-base no mínimo legal, há constrangimento ilegal na fixação de regime carcerário mais gravoso do que o quantum da pena permite.

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto."

(HC 145.909/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 15/03/2010)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES E PERSONALIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INQUÉRITOS POLÍCIAS E AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. UTILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ANTECEDENTES. SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO NÃO UTILIZADA PARA CARACTERIZAR A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. AGRAVANTE GENÉRICA. APLICAÇÃO. ACÓRDÃO IMPETRADO. RECURSO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS. FIXAÇÃO DA PENA COM O AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA PRESENÇA DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. DESCABIMENTO. CONFISSÃO. UTILIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO. ATENUANTE OBRIGATÓRIA.

1. Conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.

2. Embora não seja da melhor técnica, não há ilegalidade na utilização de sentença condenatória transitada em julgado para valorar negativamente os antecedentes, quando a mesma condenação não será aproveitada para fins da reincidência.

3. A presença de duas causas de aumento no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) não é motivo obrigatório de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, sendo necessária a indicação de circunstâncias concretas que justifiquem o aumento.

4. Incide em reformatio in pejus e bis in idem o acórdão que, em recurso exclusivamente da defesa, mantém os maus antecedentes reconhecidos pela sentença e, na segunda fase da dosimetria, faz incidir a agravante da reincidência que não fora aplicada no primeiro grau.

5. Se o réu confessou espontaneamente a prática do delito perante a autoridade policial, sendo o seu relato utilizado como fundamento para a condenação, deve ser aplicada a atenuante do art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida a fim de afastar a valoração negativa da personalidade e, em parte, dos antecedentes, e para reduzir a majoração da pena, em razão das causas de aumento, para 1/3 (um terço), fixando a reprimenda em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. Habeas corpus concedido, de ofício, para afastar a reincidência aplicada pelo acórdão impetrado, além de reconhecer a atenuante da confissão espontânea." (HC 154.617/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 31/05/2010)

Desse modo, nota-se, em parte, o constrangimento ilegal apontado na exordial, impondo-se a concessão da ordem para aplicar a fração mínima de 1/3 (um terço) na terceira etapa da dosimetria, em razão da presença de 3 (três) causas especiais de aumento de pena, pois não houve justificativa circunstancial que permitisse a adoção do *quantum* de 5/12 (cinco doze avos) na hipótese.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria, tem-se que a **pena-base foi fixada em 4 (quatro) anos** de reclusão e **10 (dez) dias-multa**.

Na segunda fase de aplicação da reprimenda, manteve-se inalterado o montante.

Na terceira etapa da dosimetria, **umenta-se a sanção em 1/3 (um terço)**, em razão da presença de 3 (três) causas especiais de aumento - emprego de arma de fogo, concurso de agentes e restrição à liberdade das vítimas, ficando a reprimenda do paciente em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão** e pagamento de 13 (treze) dias-multa, tornando-a definitiva.

Quanto ao sistema inicial de cumprimento da execução penal, o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de São Paulo assim se manifestou, *litteris*:

*"O roubo qualificado (cuja gravidade **objetiva** é indicada não só pelo elevado '**quantum**' da pena privativa de liberdade prevista, de reclusão, mas **precipualemente pelos elementos constitutivos desse tipo penal**) tem assolado a ordem pública nos tempos correntes, de modo que os que insistem em praticá-lo põem em evidência personalidade insensível às consequências dessa conduta deletéria e, assim, **inadequação ao convívio em sociedade**. Nesse passo - sem olvidar que '**inexiste incompatibilidade entre pena mínima e regime prisional mais gravoso, vez que estes institutos não se confundem**' (RJDTACRIM 27/162) - o cumprimento inicial da sanção carcerária dar-se-á no regime fechado (e não no semiaberto, muito menos no aberto), único compatível com a **necessidade** e a **suficiência** que a **reprovação** e **prevenção** do crime reclamam **no caso concreto** (art. 33, § 3º, c/c o art. 59, III, do CP)" (e-STJ fls. 84 e 85).*

O egrégio Tribunal de origem, quanto ao tema, manteve o modo inicial mais gravoso de cumprimento de pena, consoante se deduz da leitura do seguinte excerto do aresto objurgado, *verbis*:

"O regime inicial fechado revela-se pertinente, em face da periculosidade do agente e da gravidade do crime, que tanto intranquiliza a sociedade, exigindo resposta enérgica com a qual não é compatível solução mais branda" (e-STJ fls. 43).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do contexto dos autos, evidencia-se que o sistema inicial de execução foi estipulado com fulcro na opinião em abstrato dos julgadores acerca da gravidade do crime em tela e na presença de três causas especiais de aumento de pena, justificativas que, na esteira da jurisprudência reiterada desta Corte, são inidôneas à determinação de regime mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base, como verificado no caso dos autos, não foi além do mínimo legal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

*"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. ESTABELECIMENTO DO REGIME FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.*

[...]

2. A gravidade abstrata do delito não é justificativa idônea à fixação de regime prisional mais gravoso. No caso, a pena-base foi fixada em seu mínimo legal e consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais. Assim, não há óbice ao estabelecimento do regime semiaberto.

3. Ordem concedida para, afastando da condenação o acréscimo decorrente do emprego de arma, reduzir a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, bem como garantir ao paciente o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento da pena privativa de liberdade" (HC 119104/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 14/12/2009).

*"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 269 e 440 DO STJ. ISENÇÃO DE CUSTAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.*

[...]

2. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, § 2º, do Código Penal).

3. "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 abstrata do delito" (Súmula 440/STJ). [...]

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para fixar o regime inicial semiaberto para o início de cumprimento das penas impostas aos pacientes" (HC 160769/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 02/08/2010).

A matéria, aliás, foi recentemente sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n.º 440, a saber:

"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 abstrata do delito."

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, respectivamente:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Por fim, vale registrar que esse também é o entendimento da doutrina majoritária, coincidente com a ensinança do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Código Penal Comentado*:

"Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave - não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve -, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos 'circunstâncias e consequências do crime', previstos no art. 59.

[...]

Logo, se o réu recebeu pena mínima, porque todas as circunstâncias judiciais eram favoráveis, o fato de ter cometido delito considerado abstratamente grave não é motivo para colocá-lo em regime mais severo.

[...]

Em síntese: recebendo pena no mínimo, a regra é que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*regime seja, também, o mais favorável. Elevando-se a pena acima do piso, é lógico que o magistrado possa estabelecer regime mais rigoroso. Em situações excepcionais, poder-se-ia admitir a pena no mínimo e regime mais severo. Concluindo, o mais importante nesse cenário é a fundamentação da decisão, seja no tocante à fixação do **quantum** da pena privativa de liberdade, seja no que concerne à escolha do regime." (7ª edição, 2007, pp. 298 e 299, Editora Revista dos Tribunais).*

Assim, de rigor a reforma da sentença condenatória e do aresto impugnado também nesse ponto, para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem para reduzir o *quantum* de aumento na terceira fase da dosimetria para 1/3, resultando na reprimenda de **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses** de reclusão e pagamento de **13 (treze) dias-multa e para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção reclusiva imposta**, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0029230-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 162.913 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50070353409

990081791498

EM MESA

JULGADO: 05/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JESUÉ HIPOLITO FERNANDES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JONATHAN DE REZENDE OLIVEIRA

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.