



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 184.224 - DF (2010/0164437-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : MARCOS GERALDO TEIXEIRA SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : SIDNEI ALVES AVELINO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. A alegada inocência do paciente, 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. 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, então, 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.

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

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

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

3. Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosos a desaparecerem com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

DOSIMETRIA. QUATORZE CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONCURSO FORMAL. ART. 70 DO CP. AUMENTO NA FRAÇÃO DE 2/3. JUSTIFICAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DELITOS COMO PARÂMETRO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. O *quantum* do aumento pelo concurso de crimes está devidamente fundamentado na quantidade de delitos perpetrados pelo paciente, isto é, 14 (quatorze) roubos com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, motivo pelo qual não se pode reconhecer que a fração utilizada pelas instâncias ordinárias - 2/3 (dois terços) - foi desproporcional ou desarrazoada.

2. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. 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 184.224 - DF (2010/0164437-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : MARCOS GERALDO TEIXEIRA SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : SIDNEI ALVES AVELINO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de SIDNEI ALVES AVELINO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que deu parcial provimento à Apelação Criminal n. 20060111186803APR.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 14 (quatorze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 78 (setenta e oito) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, por 14 (quatorze) vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao qual foi dado parcial provimento a fim de reduzir a pena para 10 (dez) anos de reclusão e 33 (trinta) dias-multa.

Sustenta o impetrante que o paciente é alvo de constrangimento ilegal em razão da alegada fragilidade do conjunto probatório no qual se baseou a condenação, fundamentada tão somente em depoimento feito por apenas uma das quatorze pretensas vítimas, embora o paciente tenha negado a autoria dos ilícitos.

Defende, subsidiariamente, o afastamento da qualificadora de emprego de arma, porquanto o artefato não teria sido apreendido, o que impossibilitou que fosse realizado o exame pericial para atestar sua lesividade.

Insurge-se, ainda, contra o aumento em 2/3 da reprimenda em decorrência do concurso formal de crimes, por entender que o acréscimo mais adequado com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade seria apenas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/3, modificando-se o regime de cumprimento de pena para o menos gravoso.

Indeferida a liminar e solicitada as informações da autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 93/108, sobreveio parecer ministerial pela denegação da ordem (fls. 112/117).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 184.224 - DF (2010/0164437-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise do presente feito, constata-se que o paciente foi condenado à pena de 14 (quatorze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 78 (setenta e oito) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, por 14 (quatorze) vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal.

De acordo com a narrativa dos autos, no dia 4/4/2006, por volta das 20h45min, no interior do veículo de transporte alternativo que trafegava pela BR 450, via EPIA, Setor de Mansões Park Way, nesta cidade, em concurso de agentes e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraiu para si e para outrem, vale-transportes, R\$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais) e 6 (seis) aparelhos celulares, todos pertencentes aos quatorze passageiros da citada "van".

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao qual foi dado parcial provimento a fim de reduzir a pena para 10 (dez) anos de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa.

A pretensão do impetrante é desconstituir o acórdão da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que deu parcial provimento à apelação da defesa, sob a alegação principal de que os autos da ação penal não possuem elementos de convicção suficientes acerca de sua participação no delito que lhe fora imputado.

O cerne da irresignação cinge-se na insuficiência e dubiedade dos meios de provas apresentadas no curso da investigação e instrução processual. Isso, porque a condenação teria se fundado, essencialmente, no depoimento de uma só das quatorze pretensas vítimas, a despeito de o paciente ter negado veemente as acusações em sede inquisitorial e perante o Juízo sentenciante. Nessa circunstância, aduz o impetrante, deve ser aplicado ao paciente o brocardo jurídico *in dubio pro reo*.

Todavia, o exame dos autos evidencia que o Juízo Sentenciante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consignou estarem presentes as provas de autoria e materialidade do delito assestadas ao paciente, consistentes no Boletim de Ocorrência, no Auto de Reconhecimento e no Laudo de Avaliação Indireta, bem como nas provas orais das vítimas e dos policiais, *in verbis*:

A pretensão punitiva estatal deduzida contra o réu Sidnei Alves Avelino deve prosperar integralmente.

A pretensão punitiva restou demonstrada conforme o Boletim de Ocorrência de fls. 15/22, Auto de Reconhecimento de fls. 35/36 e 89, Laudo de Avaliação Indireta de fls. 66/67 e provas orais de fls. 209/215, 233 e 245.

Quanto à autoria a prova dos autos é inconteste no sentido de se imputar ao réu Sidnei a prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II c/c art. 70 (quatorze vezes), ambos do CP.

O acusado ao ser interrogado em juízo (fls. 216/218), em síntese, negou a prática do delito narrado na peça acusatória, sob o argumento de que "...já foi preso e condenado anteriormente por roubos a van...os policiais disseram que 'jogariam' todos os assaltos da região para o interrogando...".

Vê-se, pois, da dinâmica dos fatos que o imputado Sidnei apresentou versão inverossímil, criando circunstâncias ilógicas e discrepantes para o fato, com o objetivo de escusar-se à sua responsabilidade penal, não encontrando nenhum respaldo coerente e verídico para infirmar o fato punível imputado pelo órgão ministerial.

Colhe-se do depoimento da vítima Leonardo Caetano Moreira às fls. 212 que ele ratificou o seu depoimento de fls. 86 ao afirmar que o réu ingressou no veículo de transporte juntamente com o outro denunciado e logo em seguida anunciaram o roubo, ocasião em que percebeu que o denunciado Sidnei estava armado e mediante ameaça foi subtraído o seu parêntese celular.

Além dessa narrativa, a aludida testemunha em juízo reconheceu o acusado Sidnei como a pessoa que no dia do fato delituoso estava em poder da arma de fogo (fls. 212).

Do mesmo modo, a vítima Ivonaldo da Silva Souto também ratificou suas declarações na Delegacia (fls. 72) ao afirmar que não viu o rosto do acusado, mas um dos denunciados estava em poder da arma de fogo e lhe foram subtraídos vales-transportes e documentos (fls. 213).

A vítima Gilméria de Andrade Nunes às fls. 214 asseverou que duas pessoas ingressaram na van, sendo que uma delas estava armada, ocasião em que lhe foram subtraídos vales-transportes e uma sacola com roupas.

No mesmo sentido, a vítima Luiz Carlos Soares às fls. 233 confirmou sua versão extrajudicial de fls. 85 quando aduziu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que duas pessoas ingressaram na van de transporte e uma delas armada, quando então foi anunciado o roubo e subtraído o valor de R\$ 10 (dez reais) que estava em seu poder.

Para corroborar essas narrativas, os policiais Joselito Martinez Gradin e Anísio Rodrigues Monteiro ao serem ouvidos em juízo confirmaram o teor do relatório de fls. 09/14 (fls. 209/210), quando então confirmaram a prática do crime de roubo pelo réu Sidnei.

Portanto, rejeita-se a versão do denunciado Sidnei.

De outra parte, verifica-se dos depoimentos das vítimas Antônio Batista dos Santos (fls. 211), Ivonaldo da Silva Couto (fls. 213), Gilméria de Andrade Nunes (fls. 214), Jailton Alves de Souza (fls. 215), Luís Carlos soares (fls. 85 e 233) e Adir Barbosa Andrade (fls. 242) que durante o roubo realizado pelo denunciado Sidnei juntamente com outra pessoa, foi dada a ordem para que todos permanecessem com a cabeça baixa.

Trata-se de artifício utilizado por meliantes para que não sejam reconhecidos pelas vítimas, como de fato ocorreu, pois, diante da violência e grave ameaça perpetrada pelo acusado Sidnei sentiram-se atemorizadas, razão pela qual, diante do perigo que rodeava as suas vidas permaneceram sem observar o acusado.

Nesse diapasão, muito embora algumas vítimas não tenham reconhecido o réu pelas circunstâncias acima expendidas, como exceção da testemunha Leonado Caetano Moreira (fls. 212) que reconheceu o réu como o autor do roubo no dia do fato, isso por si só, não autoriza o entendimento de que o acusado Sidnei não foi o autor do crime narrado na peça acusatória.

Consoante se observa dos relatos das vítimas e dos policiais, as circunstâncias do fato punível são semelhantes e autorizam a convicção de que o acusado Sidnei perpetrou o crime de roubo na van de transporte alternativo, subtraindo bens das vítimas (fls. 40/42) (grifou-se).

No mesmo sentido, a Corte de origem confirmou o decreto condenatório ao reputar que a alegada ausência de robustez das provas não possui respaldo no processado. Veja-se, a propósito, o seguinte excerto do julgado hostilizado:

DA ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA AUTORIA NÃO COMPROVADA – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS

Pleiteia a Defesa sua absolvição sustentando que a autoria do delito não restou comprovada.

Sem qualquer respaldo tal alegação.

À luz de todo acervo probatório apresentado, não merece prosperar a alegação de insuficiência de provas.

A materialidade do crime restou sobejamente demonstrada pela Portaria de Instauração (fls. 07/08),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Boletim de Ocorrência (fls. 15/26), Laudo de Avaliação Indireta (fls. 66/67), além das provas orais apuradas.

Da mesma forma, a autoria restou demonstrada nos autos, embora o Recorrente tenha se servido do direito constitucional de manter-se em silêncio, e negar em juízo sua participação nos delitos “sub examine”, o acervo colhido de provas, tanto na fase policial como em Juízo, não deixam dúvidas quanto à procedência da denúncia (**depoimento em Juízo da vítima Leonardo Caetano Moreira – fl. 212**), reconhecendo o acusado ora Apelante como autor do delito com utilização de arma de fogo.

Reforçando a autoria imputada ao Recorrente, outra vítima, Gilméria de Andrade Nunes, apesar de não ter feito o reconhecimento do acusado na Delegacia, porquanto não intimada, narrou a ação criminosa com detalhes (fl. 214).

Em perfeita sintonia com o apurado, quanto à autoria do delito pelo Apelante, os Policiais Joselito Martinez Grandin e Anísio Rodrigues Monteiro, ouvidos em Juízo, ratificaram os termos da denúncia.

Assim, sem razão o Recorrente quanto ao pleito de absolvição sob a alegação de autoria não demonstrada por insuficiência de provas (fls. 99/100) (negritos no original; sublinhou-se).

Nesse contexto, verifica-se que os Julgados proferidos nas instâncias ordinárias afastaram a tese defensiva mediante o cotejo das provas carreadas aos autos, condenando o paciente pela prática do delito contra o patrimônio com fundamento em contexto fático-probatório válido para demonstrar a sua participação no ilícito.

Cumprido destacar, ainda, que para se entender de modo diverso e desconstituir o aresto recorrido, como pretendido no *writ*, seria necessário o exame aprofundado de provas, providência 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 angusta via do *mandamus* não permite análise dilatada de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais o Juízo da instância ordinária formou o seu convencimento no sentido da condenação do paciente, especialmente como na hipótese, na qual o acórdão objurgado apresentou fundamentação suficiente para manter a condenação no ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE DEFENSOR NO INTERROGATÓRIO. ATO ANTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 10.792/03. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ATO PERSONALÍSSIMO DO MAGISTRADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 158 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE NA APREENSÃO. ART. 167 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. **ORDEM DENEGADA.****

1. Somente após a entrada em vigor da Lei 10.792/03, faz-se necessária a presença de defensor no interrogatório do réu, por se tratar de ato sujeito a contraditório.

2. O não comparecimento do réu à audiência de oitiva de testemunhas, desde que nomeado defensor dativo à realização do ato, constitui nulidade relativa, motivo pelo qual deve ser suscitada em momento oportuno, qual seja, até as alegações finais à sentença (art. 571, inciso II, do CPP), sob pena de preclusão, o que ocorreu à espécie.

3. "É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha" (Súmula 155/STF).

4. **O revolvimento do material cognitivo produzido nos autos, a fim de verificar a alegada fragilidade das provas, a recomendar a absolvição, é inviável na via eleita, marcada por cognição sumário e rito célere.**

5. 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.

6. Ordem denegada (HC 154.457/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 29/4/2010, DJE 17/5/2010) (grifou-se).

Resta analisar os pleitos subsidiários relativos ao afastamento da qualificadora do emprego de arma e à redução da fração aplicada em face do concurso formal de crimes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por primeiro, no que diz com a indevida exasperação da pena pela qualificadora definida no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, o impetrante pretende a exclusão da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo e, via de consequência, a redução da sanção irrogada ao paciente, sob o argumento de que o revólver empregado no assalto não teria sido apreendido e submetido à perícia, a fim de atestar sua potencialidade lesiva.

A questão referente à legalidade ou não da manutenção da referida majorante do roubo quando a arma não foi apreendida e periciada e comprovado o seu efetivo poder vulnerante, findou dirimida no Superior Tribunal de Justiça por ocasião do do julgamento do EREsp n. 961.863/RS, no dia 13/12/2010, pela egrégia 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, foram explicitados os motivos da rejeição dos embargos apontados em que se visava fosse solucionada a divergência existente entre as duas Turmas do 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 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, podem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

citados 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) (grifou-se).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. FIXAÇÃO DA PENA COM O AUMENTO DE 2/5 EM RAZÃO DA PRESENÇA DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE.

1. **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 de fogo.**

2. **Nesse contexto, 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 desta Corte e do Excelso Pretório.**

3. Na hipótese, as instâncias ordinárias consignaram ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelo conjunto probatório dos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do habeas corpus.

4. A presença de duas causas de aumento no crime de roubo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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.

5. Ordem parcialmente concedida, para reduzir a majoração da penas, em razão das causas de aumento, para 1/3 (um terço) e fixar as reprimendas em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa (HC 167.467/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/2/2011, DJe 9/3/2011).

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 aos autos, pode-se verificar que a utilização da arma de fogo está devidamente comprovada pelos relatos da vítima, senão, veja-se, inicialmente, da fundamentação da sentença condenatória no ponto em que reconhece a incidência da majorante em questão:

Neste particular, o acolhimento da tese defensiva referente ao afastamento da qualificadora do emprego de arma, vez que não foi apreendida e periciada.

Com efeito, de acordo com as narrativas das vítimas Antônio Batista dos Santos (fls. 32 e 211), Ivonaldo da Silva Couto (fls. 72 e 213), Gilméria de Andrade Nunes (fls. 214), Jailton Alves de Souza (fls. 74/75 e 215), Luís Carlos Soares (fls. 85 e 233) e Adair Barbosa Andrade (fls. 33/34 e 242), inexistiram dúvidas de que o acusado Sidnei estava em poder da arma de fogo à mostra quando da prática do roubo, sendo, portanto, irrelevante que as vítimas tenham sido ou não efetivamente ameaçadas com o instrumento, porque inegável que suficiente sua mera apresentação para a intimidação e a inibição de eventual capacidade de resistências das vítimas

Nesse sentido, colaciono aos autos os julgados dos Tribunais que entendem não ser necessária a apreensão da arma e a sua perícia quando existam outros elementos que confirmem terem sido as vítimas intimidadas com a sua demonstração pelos agentes criminosos: [...] (fls. 43).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A autoridade impetrada, por seu turno, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, manteve a aplicação do dispositivo agravador em comento, consignando que:

DA CAUSA DE AUMENTO DO CRIME – AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA

Acerca do aumento da pena em razão da utilização de arma de fogo, que não foi apreendida, tal fato não impede o reconhecimento da qualificadora se as testemunhas corroboraram a presença e utilização da arma pelo Apelante. Ora, se a circunstância restou demonstrada através de testemunhas que, presentes no cenário do crime, confirmaram a utilização de arma de fogo por SIDNEI, prescindível se mostra a exigência de efetiva apreensão e perícia do instrumento eis que é situação que, consoante pacificado na jurisprudência, pode ser averiguada por outros dados de prova constantes do processo.

Sendo inequívoca a prova oral, em sintonia com todo o acervo probatório, é dispensável a apreensão da arma empregada no roubo para o reconhecimento da causa de aumento prevista no inciso I do parágrafo 2º, art. 157, do CPB.

“In casu” restou comprovada sua utilização pelo Recorrente. [...].

Portanto, sem razão o Recorrente quanto à exclusão da causa de aumento de pena pelo uso de arma de fogo (fls. 100/101).

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

Com efeito, de acordo com posicionamento firmado pela maioria dos componentes da Terceira Seção do STJ, em observância à orientação do Supremo Tribunal Federal, que em vários precedentes tem assentado que a arma de fogo, por si só, já é dotada de poder vulnerante, decidiu-se que não há necessidade de comprovação pericial de 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 Supremo:

ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 n. 96.099/RS, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/2/2009, DJe-104 DIVULG 4-6-2009 PUBLIC 5-6-2009 EMENT VOL-02363 PP-00498).

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 16-9-2010 PUBLIC 17-9-2010 EMENT VOL-02415-03 PP-00449).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 18/5/2010, DJe-105 DIVULG 10-6-2010 PUBLIC 11-6-2010 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 16/3/2010, DJe-067 DIVULG 15-4-2010 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 a perícia nesses casos teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecerem com o revólver empregado na prática delituosa, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A partir do julgamento do EREsp n. 961.863/RS, que unificou a jurisprudência deste Sodalício, não há mais 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.

Assim, não há como excluir da condenação a causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Digesto Repressor, pois além de comprovado pelo relato das vítimas, o poder vulnerante integra a própria natureza do artefato. Com efeito, constitui ônus da defesa a prova da alegada ausência de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar a vítima, nos termos do contido no art. 156 do CPP, do qual não se desincumbiu o paciente.

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

A materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode ser concretizada pela simples, mas verossímil, palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização da arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida (7ª edição, RT:SP, 2007, p. 691).

No que pertine à análise da dosimetria da pena em sede de *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável fazê-lo quando estiver evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu (HC nº 77.964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21-2-2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

No caso em análise, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 14 (quatorze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprida em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 78 (setenta e oito) dias-multa, por violação ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 70, ambos do Código Penal, por quatorze vezes.

No tópico relativo à terceira fase da dosimetria, a individualização da pena de reclusão foi assim fixada pelo Julgador singular:

Isto posto, fixo-lhe a pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

De outra parte, trata-se da hipótese de aplicação da causa de aumento constante do § 2º, incisos II, do art. 157 do CP-**concurso de pessoas**, pelo fato de que o inciso I do referido artigo foi utilizado como circunstância judicial, o que faço em 1/3 (um terço), conforme já justificado.

Por último, [...] **aumento a pena em 2/3 (dois terços)**, nos termos do art. 70, caput, do CP, uma vez que houve pluralidade de vítimas (quatorze) dentro do mesmo contexto fático, **totalizando-se a pena final em 14 (quatorze) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a qual torno definitiva e concreta para o seu fiel cumprimento (fl.47) (grifos no original).**

A Corte impetrada deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a reprimenda do paciente para 10 (dez) anos de reclusão, e ao pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa da seguinte forma:

Na primeira fase, excluída, neste julgamento, a análise desfavorável das circunstâncias judiciais da personalidade, dos motivos e das circunstâncias do crime, mantendo a análise negativa da culpabilidade e dos antecedentes penais, **reduzo a pena-base**, fixada em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão para **04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão.**

Não havendo agravantes ou atenuantes, passo à terceira fase que, em razão da causa de aumento de pena constante do § 2º, inciso II, do art. 157, do CPB - concurso de pessoas, pelo fato de que o inciso I do referido artigo foi utilizado como circunstância judicial, majora a pena em 1/3, fixando-a em 6 anos de reclusão.

Em face do concurso formal de crimes (artigo 70, caput, do CPB) quanto aos roubos perpetrados contra as 14 vítimas apuradas, acresço de 2/3 (dois terços), totalizando a pena de 10 (dez) anos de reclusão, a qual torno definitiva e concreta para cumprimento (fl. 107).

No que tange à fração utilizada para aumentar a pena do paciente pelo concurso formal dos crimes de roubo, constata-se que razão não lhe assiste.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para melhor elucidação da questão, transcreve-se o teor do art. 70 do Código Penal, que trata do concurso formal de crimes, *in verbis*:

Art. 70- Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Com efeito, de acordo com o posicionamento doutrinário de Cézaro Roberto Bitencourt, "para a escolha do acréscimo (um sexto até a metade) o fundamento será o número de crimes ou resultados e as consequências gerais produzidas" (Código Penal Comentado. 5. ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 205).

Dessa forma, observa-se que, no caso em comento, o *quantum* do aumento pelo concurso de crimes está devidamente fundamentado na quantidade de delitos perpetrados pelo paciente, isto é, 14 (quatorze) roubos com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes (fls. 46), motivo pelo qual não se pode reconhecer que a fração utilizada pelas instâncias ordinárias - 2/3 (dois terços) - foi desproporcional ou desarrazoada.

Em caso análogo, cita-se julgado da Colenda Sexta Turma:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. 1. CINCO CRIMES DE ROUBO E LATROCÍNIO TENTADO, EM CONCURSO FORMAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA QUE ATENDE À GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÕES JUDICIAIS. ARTIGO 70 DO CP. AUMENTO DE METADE. JUSTIFICAÇÃO CONCRETA. OCORRÊNCIA. CINCO CRIME DE ROUBO. 2. ORDEM DENEGADA.

"1. Nos termos do artigo 70 do Código Penal, em se tratando de concurso formal, deve-se tomar como base a pena do crime mais grave, no caso o latrocínio, e aumentá-la de um sexto até metade. **No caso, o aumento na fração de metade da pena se justifica por serem vários os crimes de roubo cometidos (cinco), atingindo diversas vítimas, clientes de uma academia de ginástica.**

"2. Ordem denegada (HC 73.692/SP, Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/5/2009, DJe 8/6/2009) (grifou-se)

Ante o exposto, ausente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela via eleita, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0164437-6

HC 184.224 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20060111186803

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: MARCOS GERALDO TEIXEIRA SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: SIDNEI ALVES AVELINO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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