



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.936 - MG (2010/0059557-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : EDER VALADARES SILVA
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EDER VALADARES SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA). EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS, REL. MIN. GILSON DIPP. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE E MOTIVAÇÃO DO CRIME ILEGALMENTE CONSIDERADAS. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA LEGAL (1/3). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO, PARA DIMINUIR A PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. CONCEDIDO *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO, PARA SANAR A ILEGALIDADE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DAS PENAS, AO FINAL FIXADAS EM 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, E 13 DIAS-MULTA.

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

2. Na hipótese, a comprovação da efetiva utilização da arma branca na prática do delito deu-se com o depoimento das vítimas e do próprio Réu, conforme concluiu o Tribunal de origem.

3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não pode ser majorada a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, carentes de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, em relação à culpabilidade do agente.

5. Os fatos de o réu ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base, sob a justificativa de exacerbação da culpabilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. É errôneo valorar negativamente a motivação se o crime foi cometido com a finalidade de obter de dinheiro para comprar drogas, mormente porque *"[t]al circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, bem assim o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim voltado à recuperação"* (HC 113.011/MS, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010).

7. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em razão acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorrera na espécie.

8. Súmula n.º 443/STJ: *"[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."* A ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, portanto, é ilegal.

9. *Habeas corpus* parcialmente concedido, para diminuir a pena-base ao mínimo legal. Concedido *habeas corpus* de ofício, para sanar a ilegalidade na terceira fase da dosimetria da penas, ao final fixadas em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa, mantido, entretanto, o regime prisional inicial estabelecido pelas instâncias ordinárias, qual seja, o fechado.

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, deferir parcialmente o pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
Brasília (DF), 02 de agosto de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.936 - MG (2010/0059557-0)

IMPETRANTE : EDER VALADARES SILVA
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EDER VALADARES SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDER VALADARES SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Colhe-se nos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 133 (cento e trinta e três) dias-multa, pela suposta prática dos delitos previstos no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal, uma vez que, em concurso com terceiras pessoas, mediante grave ameaça exercida com uso de arma branca, teria subtraído do motorista e do cobrador de um ônibus as quantias aproximadas de R\$ 43,00 (quarenta e três reais) e R\$ 120,00 (cento e vinte reais), respectivamente.

Irresignado, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais apelou, pleiteando o reconhecimento do inciso I, do § 2.º, do art. 157, do Código Penal.

O Paciente, também interpôs recurso de apelação, pugnando pela diminuição da reprimenda em razão da participação de menor importância, a fixação da pena-base no patamar mínimo e a isenção das custas processuais, bem como a suspensão da execução da pena pecuniária.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, então, deu provimento à apelação ministerial e parcial provimento ao apelo da Defesa, compensando a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, em acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - INOCORRÊNCIA - EMPREGO DE ARMA - RECONHECIMENTO - PENA PECUNIÁRIA EXACERBADA - REDUÇÃO - REINCIDÊNCIA - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - IMPOSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIAS AFETAS AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL.

1. A causa geral de diminuição de pena da participação de menor importância alcança tão-somente o partícipe, nunca o coautor. Comprovada que o agente, além de idealizar o crime, concorreu materialmente para a sua execução, não se lhe beneficia a minorante insculpida no art. 29, § 1º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lei substantiva penal.

2. Irrelevante, para a caracterização da causa especial de aumento de pena do emprego de arma, o exame pericial da faca empregada na execução de assalto, já que sua capacidade de ofender a integridade física de alguém, sendo instrumento contundente e cortante, é inequívoca.

3. A pena pecuniária deve guardar sintonia com a privativa de liberdade, eis porque, se fixada com desproporcional exagero, há que ser adequada.

4. É fechado o regime legal para cumprimento inicial da pena - superior a quatro anos - imposta a condenado reincidente (art. 33, §2º, "b", do CPB)

5. As questões relativas à execução da pena de multa e à exigibilidade do pagamento das custas processuais escapam à matéria de cognição recursal, devendo ser submetidas ao exame do Juízo da Execução Penal." (fl. 53)

No presente writ, a Impetrante alega, em síntese, que "*sem a efetiva apreensão da arma e o competente exame de prestabilidade, impossível avaliar se esta teria a lesividade necessária para justificar a incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157, CP*" (fl. 14).

Afirma que é da competência do Juiz "*a correta classificação ao fato com base na lei, e não com base no que a vítima imagina*" (fl. 15), visto que, não deve influir na tipificação, o fato da vítima ter se sentido ameaçada.

Sustenta, por fim, que a Corte *a quo*, ao reestruturar a pena privativa de liberdade, incidiu em *bis in idem*, uma vez que valorou a reincidência como circunstância judicial e como agravante genérica.

Requer, liminarmente e no mérito, que a decisão do Tribunal de Origem seja reformada, reduzindo-se a pena imposta ao Paciente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.936 - MG (2010/0059557-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA). EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS, REL. MIN. GILSON DIPP. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE E MOTIVAÇÃO DO CRIME ILEGALMENTE CONSIDERADAS. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA LEGAL (1/3). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO, PARA DIMINUIR A PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, PARA SANAR A ILEGALIDADE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DAS PENAS, AO FINAL FIXADAS EM 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, E 13 DIAS-MULTA.

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

2. Na hipótese, a comprovação da efetiva utilização da arma branca na prática do delito deu-se com o depoimento das vítimas e do próprio Réu, conforme concluiu o Tribunal de origem.

3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não pode ser majorada a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, carentes de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, em relação à culpabilidade do agente.

5. Os fatos de o réu ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base, sob a justificativa de exacerbação da culpabilidade.

6. É errôneo valorar negativamente a motivação se o crime foi cometido com a finalidade de obter de dinheiro para comprar drogas, mormente porque "[t]al circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, bem assim o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

voltado à recuperação" (HC 113.011/MS, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010).

7. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em razão acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorrera na espécie.

8. Súmula n.º 443/STJ: "[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." A ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, portanto, é ilegal.

9. *Habeas corpus* parcialmente concedido, para diminuir a pena-base ao mínimo legal. Concedido *habeas corpus* de ofício, para sanar a ilegalidade na terceira fase da dosimetria da penas, ao final fixadas em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa, mantido, entretanto, o regime prisional inicial estabelecido pelas instâncias ordinárias, qual seja, o fechado.

VOTO

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

A presente impetração tem três fundamentos: a) pedido de exclusão da majorante relativa ao emprego de arma, b) pedido para que a pena-base seja fixada no mínimo legal, por não existirem circunstâncias que possam ser negativamente valoradas no caso e c) alegação de que houve ilegal consideração da reincidência na segunda fase da dosimetria, que teria sido considerada também para aumentar a pena-base.

Quanto ao primeiro fundamento, tem-se que o Ministério Público Estadual, nas razões da apelação, pugnou pelo reconhecimento da circunstância emprego de arma sob a seguinte justificativa, em síntese (fl. 40):

"Cumpre ressaltar que, mormente em hipóteses como a dos autos, em que os co-autores escapam impedindo a apreensão da arma utilizada para a consecução do crime, dispensável se mostra seja o armamento submetido à avaliação pericial, podendo supri-la a prova testemunhal, isto visando à configuração da aludida causa de aumento de pena. Tal entendimento decorre, inclusive, da inexistência, no sistema processual penal pátrio, de hierarquia entre as provas produzidas."

Daí, no voto condutor do julgamento da apelação, consignou-se o seguinte (fls. 57/58):

"Como se depreende dos autos, a faca empunhada contra as vítimas, é verdade, não foi apreendida, logo, também não foi periciada. Entretanto, o seu emprego na execução do assalto restou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cristalinamente demonstrado na prova coligida para os autos.

Inquirida sob o crivo do contraditório, a vítima Wagner, cobrador do coletivo tomado de assalto, declarou haver um dos comparsas de Eder empunhado-lhe uma faca.

Vejamos:

"[...] que o réu não chegou a mostrar e nem a apontar arma para o declarante, o que foi feito por um dos envolvidos no roubo e que não foi identificado. [...]" (Wagner Pereira da Silva - vítima - fl. 59)

Demais disso, o ofendido Antônio, ouvido em sede embrionária, também relatou o emprego de facas na execução do injusto.

Vejamos:

"[...] Que até então tudo ocorria normalmente, até que próximo ao ponto final do Bernardo Valadares Eder anunciou um assalto, porém desarmado, mas os outros dois portavam facas; [...]" (Antônio Rubens Domingos Ferreira Ramos - vítima - fl. 24) GRIFEI

A propósito, também em sede pré-processual, o próprio increpado, embora haja atribuído a autoria do crime exclusivamente aos comparsas, relatou o emprego de faca durante o assalto.

Vejamos:

"[...] Que, tão logo o ônibus parou no ponto final, um dos rapazes redeu o cobrador com uma faca e o outro foi ao encontro do motorista; [...]" (Eder Valadares Silva - apelante - fl. 09)

Assim, conclui-se que o emprego da arma branca, durante a execução do crime, é mesmo certo.

E, como sabido, o poder vulnerante de uma faca - objeto contundente e cortante - é evidente.

Logo, revela-se despicienda a submissão desse instrumento a qualquer exame pericial, já que sua capacidade de ofender a integridade física de alguém, por óbvio, é inequívoca."

Cumpre ressaltar, de início, que a matéria *sub examine* – relativa à imprescindibilidade, ou não, de apreensão e perícia da arma para a configuração da majorante prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal – é questão controvertida na jurisprudência e doutrina pátrias, objeto, inclusive, de divergência entre as Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, após o julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, cujo acórdão foi publicado no DJe do dia 06/11/2011, a Terceira Seção desta Corte, acompanhando voto divergente do Ministro Gilson Dipp, pacificou entendimento no sentido de serem dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, confira-se a ementa do referido julgado:

"CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I – Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II – Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só -- desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela -- instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV – Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V – Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria."

Da mesma forma, também no âmbito do Colendo Supremo Tribunal Federal, as decisões sobre a matéria não encontravam uniformidade, o que levou a Primeira Turma daquela Corte, em sessão do dia 03/02/2009, a afetar o julgamento do *habeas corpus* n.º 96.099/RS ao Tribunal Pleno, sobrestando todos os feitos que tramitavam no colegiado em igual situação.

Em sessão do dia 19/02/2009, o Plenário da Suprema Corte indeferiu a ordem postulada no mencionado *writ*, firmando orientação no sentido de ser dispensável a apreensão da arma ou a realização do exame pericial para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, **quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.**

Veja-se, por oportuno, a ementa do referido julgado:

"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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 96.099/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 05/06/2009.)

Confirmam-se, ainda, no mesmo sentido, os recentes julgados de ambas as Turmas que compõem o Excelso Pretório, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS. ROUBO. CONCURSO DE ATENUANTES E AGRAVANTES. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito tratada nos autos deste habeas corpus diz respeito à possível exclusão da causa especial de aumento de pena decorrente do uso de arma de fogo, que não foi apreendida nem periciada, e à preponderância da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.

2. O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo, por outros meios de prova.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se exclui a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal por falta de apreensão da arma, quando comprovado o seu uso por outro meio de prova. Precedentes.

4. Corretas as razões do parecer da Procuradoria-Geral da República ao concluir que o artigo 67 do Código Penal é claro "ao dispor sobre a preponderância da reincidência sobre outras circunstâncias, dentre as quais enquadram-se a confissão espontânea. Afinal, a confissão não está associada aos motivos determinantes do crime, e - por diferir em muito do arrependimento - também não está relacionada à personalidade do agente, tratando-se apenas de postura adotada pelo réu de acordo com a conveniência e estratégia para sua defesa".

5. Não há ilegalidade quando a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea na aplicação da pena. Nestes termos, HC 71.094/SP, rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, unânime, DJ 04.08.95.

6. Habeas corpus denegado." (HC 99.446/MS, 2.ª Turma, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ELLEN GRACIE, DJe de 11/09/2009.)

"HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARMA NÃO APREENDIDA. CONFISSÃO JUDICIAL E DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ORDEM DENEGADA.

1. Na falta de apreensão da arma de fogo, mas comprovado o seu emprego por outros meios idôneos de prova, não há que se desclassificar o delito para roubo simples.

2. A incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP se explica pelo maior potencial de intimidação e consequente rendição da vítima, provocada pelo uso de arma de fogo. Precedentes.

Ordem denegada." (HC 98.227/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 07/08/2009.)

"Habeas corpus. Penal. Sentença penal condenatória. Crime do art. 157, § 2º, inciso I, do CP. Incidência da majorante em razão da arma de fogo. Precedentes.

1. Firmado nesta Corte Suprema o entendimento de que a incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão da arma.

2. Habeas corpus denegado." (HC 94.831/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe de 21/08/2009.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157 § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE DUAS OU MAIS PESSOAS. ARMA NÃO APREENDIDA. PRESCINDÍVEL APREENSÃO DA ARMA. ELEMENTOS SUFICIENTES DE CONVICÇÃO. PRECEDENTE CITADO.

1. A qualificadora de uso de arma de fogo independe da apreensão da arma, bastando, para sua incidência, que constem dos autos elementos de convicção suficientes à comprovação de tal circunstância.

2. Ordem denegada." (HC 92.451/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 06/02/2009.)

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

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

No caso, a despeito de não ter sido a arma apreendida e periciada, o seu efetivo uso na ação delituosa restou devidamente comprovado, consoante entenderam o Ministério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Público Estadual e Tribunal *a quo*, soberanas na análise da matéria de prova, de forma suficiente à caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal.

Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do *habeas corpus*.

Ademais, esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego de arma no delito de roubo (sem grifos nos originais):

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 9 ANOS, 4 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, EM RAZÃO DA PRÁTICA DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (ARTS. 157, § 2o., I E II DO CPB). IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA DO EMPREGO DA ARMA PELO PACIENTE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE EM RAZÃO DA ALEGADA DEFICIÊNCIA DE DEFESA. DEFENSOR NOMEADO. APRESENTAÇÃO DAS PEÇAS NECESSÁRIAS: DEFESA PRÉVIA E ALEGAÇÕES FINAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ENUNCIADO SUMULAR 523/STF. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA POR EDITAL FIXADO NA PORTA DO FÓRUM. COMARCA DO INTERIOR (IPAMERI/GO). ART. 365, PAR. ÚNICO DO CPP. PRECEDENTE DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGACÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A apreensão e a perícia da arma utilizada no crime de roubo, quando impossível, não afasta a incidência da causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização durante a prática da conduta criminosa.

Precedentes do STJ e STF.

2. Não há como acatar a pretensão de nulidade por deficiência da defesa, na medida em que, conforme registrado no aresto combatido, a defesa do paciente foi efetivamente patrocinada por advogado nomeado e que as peças imprescindíveis ao pleno exercício dessa contestação, a defesa prévia as alegações finais, foram apresentadas, refutando as acusações contra ele proferidas.

3. Nos termos do art. 365, par. único do CPP, não havendo imprensa local, o edital será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo, tal como ocorre na espécie.

4. Opina o MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada." (HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXAME PERICIAL. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME POR OUTROS MEIOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Dispõe o art. 167 do Código de Processo Penal que 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. 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, **no caso o seguro depoimento das vítimas**. Precedentes desta Corte e do Col. Excelso Pretório.

3. O art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, não ressalva para configuração da atenuante que confissão seja completa, explicitando todas as circunstâncias do crime ou que seja movida por um motivo moral, que demonstre o arrependimento do acusado ou, ainda, que influa decisivamente para a condenação.

4. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea quando da fixação da pena.

5. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, reformando o acórdão ora atacado e a sentença condenatória na parte relativa à individualização da pena, e fixar a pena do Paciente em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, bem como 10 dias-multa, mantido o regime inicial fechado, nos termos do voto." (HC 159.854/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010.)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO/PERÍCIA. INEXISTÊNCIA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. 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. Precedentes do STF e STJ.

2. In casu, o **depoimento da vítima, conforme reconhecido na sentença, trouxe elementos capazes de ensejar o reconhecimento da causa especial de aumento da pena**.

3. Recurso especial provido para restabelecer os termos da sentença condenatória." (REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO. FALSIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IDEOLÓGICA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. 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. ALEGAÇÃO DE MUTATIO LIBELLI. DENÚNCIA QUE DESCREVE OS FATOS APROPRIADAMENTE. MERA EMENDATIO LIBELLI. ORDEM DENEGADA.

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, a sentença condenatória consignou ser incontroverso o uso da arma na empreitada criminoso, **em razão do firme depoimento da vítima.**

4. Em nosso sistema processual penal, o réu defende-se da imputação fática, e não da imputatio iuris, sendo, portanto, possível que o magistrado dê nova definição jurídica ao fato narrado na denúncia.

5. Ordem denegada. (HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010.)

Em que pese o cancelamento da Súmula n.º 174 do Superior Tribunal de Justiça, que preconizava a possibilidade de aumento de pena na hipótese de intimidação com arma de brinquedo, ou ainda que se discuta a potencialidade ofensiva do instrumento utilizado para a realização do crime de roubo, cabe à Defesa comprovar que a causa especial de aumento da pena não restou configurada, pois a potencialidade ofensiva da arma utilizada no roubo é presumida.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 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. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP.

1. **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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Precedentes do STF.

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.

[...]

3. Ordem parcialmente concedida para alterar o patamar de aumento da pena de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), reduzindo-se as reprimendas dos pacientes que restam definitivas em em 7 anos, 1 mês e 18 dias de reclusão e pagamento de 17 dias-multa, para JOSÉ NIVALDO, e em 8 anos, 3 meses e 16 dias de reclusão e pagamento de 18 dias-multa, para JOSIMAR (ou JOISMAR)." (HC 120.656/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 09/11/2009.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO TENTADO. PENA CONCRETIZADA EM 3 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA DO PACIENTE, NO ENTANTO.

1. A apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no roubo são desnecessárias para configurar a causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa.

2. A regra é que uma arma possua potencial lesivo; o contrário, a exceção. Se assim alega o acusado, é dele o ônus dessa prova (art. 156 do CPP). Se restou comprovada a utilização da arma de fogo, como no caso concreto, o ônus de demonstrar eventual ausência de potencial lesivo deve ficar a cargo da defesa, sendo inadmissível a transferência desse ônus à vítima ou à acusação, por uma questão de isonomia, porquanto inúmeros fatores podem tornar a prova impossível.

[...]

6. Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente." (HC 129.397/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

08/09/2009; sem grifo no original.)

Quanto à alegação de que a pena-base deveria ser fixada no mínimo legal, inicialmente veja-se o que consignado na Sentença (fl. 31):

"Análise individual das circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal):

a) exigibilidade de conduta diversa daquela assumida é plenamente justificável, pois, além de possuir maioria penal, o réu é relativamente jovem e saudável, apto ao trabalho lícito, e não consta dos autos tratar-se de pessoa com alienação mental, completa ou parcial, ao contrário, pelo modo de agir e pelos elementos colhidos durante seu interrogatório, bem assim por ter idade que lhe permite a devida maturidade, restou claro que possui o conhecimento ordinário inerente ao meio em que vive, com totais condições de entender o caráter de sua conduta; agiu com vontade livre e consciente, revelando dolo de grau médio; assim, presente o juízo de reprovabilidade e delineada a culpabilidade;

b) é reincidente;

c) socialmente, os autos revelam ser pessoa com ajuste família, que já exerceu atividade lícita, porém que faz uso de drogas;

d) a personalidade revelou-se com traços criminosos, porém é ainda passível de recuperação, pois demonstrou ser pessoa que assume os erros cometidos;

e) a motivação do crime foi a busca de meios para o réu manter o vício em drogas;

f) em sua execução, o crime não apresente circunstância que foge ao padrão tradicional;

g) do crime resultou pequeno prejuízo material e abalo nas relações pessoais;

h) os autos não registram quaisquer comportamentos das vítimas que tenham influenciado na ocorrência do crime, as quais estavam trabalhando.

Tendo em conta a relativa preponderância das circunstâncias judiciais, fixo a pena-base somente um pouco afastadas de seus mínimos legais, estabelecendo-as em quatro anos e seis meses de reclusão e cem dias-multa [...]"

Ao apreciar o recurso do Paciente, no ponto, assentou a Corte Impetrada o que se segue (fls. 06/07):

"Ademais, pleiteia a defesa a fixação das penas-base em seu patamar mínimo legal.

Razão lhe assiste em parte.

Em parte porque a análise desfavorável de algumas das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, tal como procedido pelo em. magistrado a quo, legitima a tênue elevação da pena privativa de liberdade imposta ao réu.

[...].

Na primeira fase da operação de dosimetria preconizada no art. 68



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do CP, adoto o exame das circunstâncias judiciais sopesadas pelo d. juiz sentenciante, à exceção dos antecedentes, que não desfavorecem o condenado, e redefino as básicas em quatro anos e seis meses de prisão e 11 dias-multa."

Do que se pode concluir dos trechos acima reproduzidos da Sentença e do Acórdão, tem-se que as circunstâncias consideradas para majorar a primeira fase, são somente a culpabilidade (por possuir "*o conhecimento ordinário inerente ao meio em que vive, com totais condições de entender o caráter de sua conduta*" e ter agido "*com vontade livre e consciente, revelando dolo de grau médio*") e a motivação do crime (*busca de meios para o réu manter o vício em drogas*).

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Na hipótese dos autos, contudo, verifica-se ilegalidade no aumento da pena-base.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso, verifica-se, da simples leitura da sentença condenatória, que a fixação da pena-base do ora Paciente acima do mínimo legal, no que concerne à **culpabilidade**, foi feita com considerações vagas, genéricas, sem fundamentação objetiva, portanto inadequadas para justificar a exasperação, pois o Magistrado não indicou nenhum fato concreto que justificasse a valorização negativa da mencionada circunstância judicial.

Ora, conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos do tipo penal, que dêem suporte à sua consideração, o que, repita-se, não ocorreu no caso.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES E HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA COM FUNDAMENTO NOS ANTECEDENTES DO RÉU. POSSIBILIDADE.

1. *Em relação à culpabilidade, o magistrado singular se limitou a afirmar que 'o réu agiu de forma absolutamente censurável, sem se intimidar com o mal que poderia causar à vítima com a sua conduta de passar a arma ao executor dos disparos.'*

2. *Na exasperação da pena-base com fundamento na culpabilidade, para a demonstração de maior ou menor censurabilidade da conduta, deve o magistrado enfatizar a realidade concreta em que esta ocorreu, bem como a intensidade do dolo do agente, o que, no caso dos autos, não ocorreu.*

3. [...].

5. *Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente para 7 anos, resultando a pena definitiva em 8 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado." (HC 171.395/RS, 6.ª Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 01/02/2012.)*

Relembre-se, outrossim, que os fatos de o réu ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena. Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÃO INDEVIDA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DA CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME COMO DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. NOTÍCIA DE SEIS CONDENAÇÕES. AUMENTO JUSTIFICADO.

1. *Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.*

2. *O fato de o réu ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta, de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito, não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base como culpabilidade.*

3. *A existência de condenação e inquéritos anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime. Precedentes.*

4. *O fato de a res furtiva ter sido restituída parcialmente à vítima não constitui fundamento legítimo para a exasperação, por se tratar de evento comum à espécie (crime de roubo). Precedente.*

5. *Sendo noticiada na sentença condenatória a existência de seis condenações, presumidamente com trânsito em julgado, não tendo a Impetrante sequer alegado o contrário ou trazido aos autos prova nesse sentido, mostra-se perfeitamente idônea a motivação apresentada pelo julgador para majorar a pena-base pelos maus antecedentes.*

6. *Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformular a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, apenas, na parte relativa à dosimetria das penas, que ficam quantificadas em 05 anos e 04 meses de reclusão, e 10 dias-multa." (HC 155.250/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 05/03/2012.)

Houve, ainda, consideração errônea quanto à **motivação** do crime, pois, conforme já decidiu esta Corte, a obtenção de dinheiro para comprar drogas não pode ser considerada para majorar a pena-base. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. SUBTRAÇÃO DE MERCADORIAS AVALIADAS EM APROXIMADAMENTE R\$ 230,00 (DUZENTOS E TRINTA REAIS). INCIDÊNCIA DA PRIVILEGIADORA PREVISTA NO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. VALORAÇÃO INDEVIDA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

1. Na linha da iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal, é possível a coexistência, no crime de furto, da privilegiadora prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal, com as qualificadoras inseridas no § 4º do mesmo dispositivo.

2. No caso, a paciente é primária e as mercadorias objeto da tentativa de subtração foram avaliadas em aproximadamente R\$ 230,00 (duzentos e trinta) reais, sendo cabível o benefício pleiteado.

3. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, devidamente justificadas, autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.

4. Na hipótese, valeu-se o Juiz do processo de condenação sem trânsito em julgado para exasperar a reprimenda a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade desajustada, o que vai de encontro ao entendimento desta Corte, por violar o princípio da presunção de inocência.

5. De igual modo, é inoportuna a utilização da confissão da paciente, **no sentido de que a razão para a prática do delito seria comprar drogas (crack) para sustentar seu vício, na valoração negativa da culpabilidade. Essa circunstância apontada revela um drama social – dependência toxicológica –, não havendo de militar contrariamente à acusada.**

6. Além disso, visar lucro fácil não ultrapassa os motivos inerentes ao delito ora em apreço, inserido no título "Dos Crimes contra o Patrimônio".

7. Ordem concedida para, de um lado, aplicando a causa de diminuição prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal e afastando da condenação as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, reduzir a pena recaída sobre a ora paciente, de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa para 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 2 (dois) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por prestação de serviços à comunidade. A implementação da restritiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos fica a cargo do Juiz das execuções." (HC 119.529/MG, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 02/08/2010 – sem grifos no original.)

Apenas relembre-se o que consignado pelo eminente Ministro OG FERNANDES, ao decotar aumento de pena em hipótese na qual o crime foi cometido com a finalidade de obter dinheiro, por paciente usuária de drogas:

"O fato de ser a paciente usuária de drogas não deve influir na dosimetria da pena. Tal circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, bem assim o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim voltado à recuperação." (HC 113.011/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010.)

Desse modo, em razão de terem-se limitado as instâncias ordinárias a ressaltarem aspectos próprios dos tipos penais, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, afastado-se as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como desfavoráveis.

Prosseguindo, quanto ao último fundamento da Defesa, na segunda fase da dosimetria, na verdade, não há ilegalidade a ser reparada, pois conforme consignado no acórdão foi procedida a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Entretanto, verifico ilegalidade na terceira fase da dosimetria da pena, que devem ser corrigida de ofício, pois assentou o Tribunal de origem o que se segue (fl. 61):

"Na terceira fase, concernente ao exame das causas, nenhuma de diminuição havendo a ser considerada, passo à análise das de aumento de pena, razão pela qual considerando as majorantes do emprego de arma e do concurso de agentes, elevo as reprimendas de três oitavos, encontrando, dessarte, seis anos, dois meses e sete dias de reclusão e 15 dias-multa.

No tocante ao pedido - da defesa - de fixação de regime semiaberto para cumprimento inicial da pena corporal imposta, este não merece prosperar.

É que, não obstante os argumentos expendidos pela defesa em suas razões recursais, é fechado o regime legal para cumprimento inicial da pena – superior a quatro anos. da pena comp"

Com efeito, a configuração de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em patamar acima do mínimo previsto, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constate a existência de motivos idôneos que indiquem a necessidade da exasperação.

Observa-se dos autos, entretanto, que as instâncias ordinárias, ao avaliarem a dosimetria da pena, levaram em conta tão-somente o critério matemático para considerar como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correta a majoração da pena acima da razão mínima (presença de duas circunstâncias).

Com efeito, ao assim procederem, os graus de jurisdição antecedentes contrariaram o entendimento pacificado neste Tribunal Superior no sentido de que o aumento acima da razão mínima na terceira fase da dosimetria da pena deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem uma maior elevação, utilizando-se o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu, e por obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República).

A propósito, desta Corte:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. MENORIDADE DO RÉU. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA ACIMA DO PERCENTUAL MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ.

1. Embora inicialmente verificada a ilegalidade, em virtude da não-consideração, na individualização da pena, da circunstância atenuante da menoridade do réu, inexistente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado, na espécie, na medida em que, fixada a pena-base no mínimo legal, nenhum outro decréscimo poderá ser computado na fase seguinte. Inteligência da Súmula n.º 231 da Súmula deste Tribunal.

2. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorrerá na espécie. Inteligência da Súmula n.º 443/STJ.

3. Ordem concedida para, mantida a condenação, cassar a sentença e o acórdão impugnado no que diz respeito à dosimetria das penas, que fixo em 05 anos e 04 meses de reclusão, e 13 dias-multa." (HC 145.074/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 02/08/2010 – sem grifos no original.)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. ILEGALIDADE PARCIAL. ACOLHIMENTO. CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (1/3) EM RAZÃO SIMPLEMENTE DO NÚMERO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ.

1. Na fixação da pena-base não pode o juiz aplicar aumento a ambos os réus, à conta de maus antecedentes, se somente um deles ostenta o demérito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa especial de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

3. *Ordem concedida em parte para diminuir a pena dos pacientes, sendo que em relação a FÁBIO VERÍSSIMO DA SILVA fica restabelecida a sentença.*" (HC 104.847/PE, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJe de 14/03/2011 – sem grifos no original.)

Incide, na hipótese, portanto, a Súmula n.º 443/STJ: "[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."

Ou seja: a ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, na terceira fase da dosimetria da pena, é ilegal.

Desse modo, diante da ausência de justificativa adequada acerca da adoção de fração maior que o mínimo na exacerbação da pena, deve ser reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar legal mínimo, equivalente a 1/3, excluindo-se a majoração considerada ilegal.

Apenas relembre-se ser, no caso, nítida a afronta ao posicionamento deste Superior Tribunal, o qual, ao editar as súmulas mencionadas na presente decisão, pacificou seu próprio entendimento acerca das matérias, e cumpriu seu relevante papel de unificador da interpretação das leis federais.

A edição de súmulas é apenas o último passo de longo processo de uniformização da jurisprudência, após inúmeras discussões e divergências dentre os próprios ministros, em diversos órgãos julgadores, acerca do sentido e alcance de dispositivos.

O acolhimento de posições pacificadas ou sumuladas pelos tribunais superiores ou pelo Supremo Tribunal Federal – vinculantes, ou não – está longe de significar um "engessamento" dos Magistrados de instâncias inferiores. O desrespeito, porém, em nada contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sequer provoca a rediscussão da controvérsia da maneira devida, significando, tão somente, indesejável insegurança jurídica, e o abarrotamento desnecessário dos órgãos jurisdicionais de superposição.

Em verdade, ao assim agirem, as jurisdições anteriores desprestigiam o papel



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte de unificador da Jurisprudência dos Tribunais Pátrios, e concorrem para o aumento da sobrecarga de processos que já enfrenta este Sodalício, além de ensejar grande descrédito à atividade jurisdicional, como um todo.

Por isso, devem os Julgadores de hierarquia jurisdicional ínfera compreender que, neste Superior Tribunal de Justiça, onde apenas dez ministros têm a hercúlea tarefa de julgar *habeas corpus* impetrados contra Tribunais de apelação de todo o país, a contraproducente prolação de decisões contrárias aos posicionamentos desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é um grande e grave fator – desnecessário – a contribuir para a demora na concretização da prestação jurisdicional, causado pelos próprios Juízes das instâncias antecedentes.

Reproduzo ainda, por relevante, a percuciente lição do ilustre Professor Luiz Guilherme Marinoni, que, em artigo publicado no *site* da Revista Consultor Jurídico, em 10 de abril de 2012, advertiu o que se segue:

"Uma "Corte de Precedentes", ao exercer sua função de colaborar com a construção do direito, não pode se desligar do seu dever de tutelar a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade perante as decisões judiciais. A Corte deixa, assim, de objetivar apenas a tutela do litigante mediante a correção da interpretação do direito e passa a estar consciente de sua missão de revelar o sentido do direito, bem como de sua responsabilidade perante o futuro.

A Corte tem função proativa, prevenindo agressões ao Direito e permitindo a sua evolução e transformação. Se o STJ tem a função de dar unidade ao direito federal mediante a instituição de precedentes, os seus ministros e turmas, assim como os tribunais inferiores, deles não podem divergir. O precedente pode ser revogado pela Corte quando presentes circunstâncias que assim aconselhem, tomando-se a cautela de não violar a confiança justificada dos jurisdicionados, mediante a atribuição, se for o caso, de efeitos prospectivos à decisão revogadora.

Por sua vez, os tribunais inferiores, diante do precedente, devem bem operar com a técnica da distinção (distinguishing), evitando aplicar o precedente em face de casos diversos. Tem-se, nesta dimensão, verdadeira unidade do direito federal, real dignidade das decisões da Corte, evitando-se a violação da segurança jurídica e da igualdade perante o direito. Como consequência, há tutela jurisdicional muito mais tempestiva e barata [...], evitando-se a litigiosidade diante da solução já expressa no precedente.

[...].

É preciso que o sentido do direito federal tenha estabilidade e que os precedentes sejam criados e revogados apenas quando necessário em face da evolução da concepção geral do direito e da própria realidade social. Com isso a vida dos processos não ultrapassará, em regra, o segundo grau de jurisdição, priorizando-se a tempestividade da tutela jurisdicional, a economia de gastos financeiros e a racionalidade do serviço dos Tribunais e do próprio STJ, além de – e isto é mais importante – a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coerência da ordem jurídica, a segurança e a igualdade perante o direito. [...]”.

(<http://www.conjur.com.br/2012-abr-10/primeiro-grau-efetividade-stj-cumpra-papel> – acessado em 12 de abril de 2012.)

Assim, diante de todas essas considerações passo, então, à dosimetria da pena.

Devido à ausência de justificativa concreta acerca da adoção de fração maior que o mínimo na exacerbação da pena, deve ser reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar legal mínimo, equivalente a 1/3, excluindo-se a majoração considerada ilegal, de 3/8. Daí, a pena-base de 4 anos de reclusão, e 10 dias-multa, deve ser aumentada tão somente para 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa.

O regime prisional é o estabelecido pelas instâncias ordinárias – fechado – por ser o Paciente reincidente (art. 33, § 2.º, inciso *b*, do Código Penal).

Ante todo o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE o *habeas corpus*, para diminuir a pena-base ao mínimo legal. Ainda, CONCEDO *habeas corpus* de ofício, para sanar a ilegalidade na terceira fase da dosimetria das penas, as quais restam definitivamente fixadas em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa, mantido, entretanto, o regime prisional inicial estabelecido pelas instâncias ordinárias, qual seja, o fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0059557-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 167.936 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10672082894904

672082894904

8289490

842008

EM MESA

JULGADO: 02/08/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDER VALADARES SILVA

ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : EDER VALADARES SILVA (PRESO)

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, deferiu parcialmente o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.