



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 399.629 - MS (2017/0110574-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **MARCOS LOPES DE CARVALHO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP). QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA. APLICAÇÃO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO OBJETO. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão do objeto 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 do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. UTILIZAÇÃO DE UMA DAS CAUSAS DE AUMENTO (CONCURSO DE AGENTES) COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Havendo mais de uma qualificadora do delito de roubo, é possível que uma delas seja utilizada como tal e as demais sejam consideradas como circunstâncias desfavoráveis, seja para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria (caso conste no rol do art. 61, II, do CP), seja para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo.

2. Na hipótese dos autos, ao exasperar a pena-base utilizando como fundamento a incidência de uma das majorantes do crime de roubo, a Corte recorrida alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício, inexistindo violação à lei federal na espécie.

3. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 399.629 - MS (2017/0110574-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **MARCOS LOPES DE CARVALHO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Cuida-se de agravo regimental interposto por MARCOS LOPES DE CARVALHO contra decisão desta Relatoria que não conheceu do *writ*, ante a inexistência de constrangimento ilegal a ser sanado, no caso.

Alega o agravante que deveria ser afastada a qualificadora do emprego da arma, tendo em vista a ausência de apreensão e perícia da mesma, a fim de atestar sua capacidade lesiva.

Assevera que as causas de aumento da sanção não poderiam ser consideradas para majorar a sanção inicial, razão pela qual a reprimenda deveria retornar ao piso legal.

Requer a reconsideração da decisão ou o provimento do regimental, com a concessão da ordem requerida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 399.629 - MS (2017/0110574-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Infere-se dos autos que foi impetrado *habeas corpus* em favor de MARCOS LOPES DE CARVALHO, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL.

Na hipótese, o agravante foi condenado à pena de 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 80 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, porque:

"Consta do incluso inquérito policial que no dia 2 de julho de 2008, por volta das 20h00, na Rua Conde de Boa Vista, 357, Bairro Santa Emília, centro, nesta capital, o denunciado MARCOS LOPES DE CARVALHO, juntamente com terceira pessoa não identificada, subtraiu para si, mediante grave ameaça exercia com emprego de arma de fogo, 01 (uma) motocicleta HONDA/CO-125 TITAN, placa HRB 7942 e um aparelho de telefone celular pertencente a vítima Walter Marques da Silva.

De acordo com os autos, na data dos fatos, a vítima estava saindo de sua residência acompanhada de sua namorada Andressa Domingues, quando foram abordados pelo denunciado e seu comparsa, os quais estavam em uma moto HONDA TITAN 125, cor azul, quando o denunciado, portando uma arma de fogo, cor prata, desceu da moto e anunciou o assalto, subindo na moto da vítima e evadindo-se do local, conforme BO de nº 8846/2008 (fls. 04)." (e-STJ fls. 10/11)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe deu parcial provimento, a fim de reduzir a sanção para 6 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 53 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

Contra a decisão foi impetrado *habeas corpus* nesta Corte Superior, no qual pleiteou o impetrante o decote da causa de aumento da pena e a redução da pena-base ao mínimo legal, com o consequente redimensionamento da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por decisão desta Relatoria, o *mandamus* não foi conhecido, ante a ausência de ilegalidade a ser corrigida no acórdão estadual.

Daí o presente agravo regimental, no qual o agravante reitera os argumentos apresentados no *decisum* impugnado, pleiteando pelo redimensionamento da sanção.

No que se refere à pretendida exclusão da qualificadora do emprego de arma, a questão referente à legalidade ou não da manutenção da causa agravadora da pena, quando a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, findou dirimida neste Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EResp n. 961.863/RS, no dia 13.12.2010, pela sua Terceira Seção, que houve por bem rejeitar os embargos de divergência, em acórdão lavrado pelo Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp, assim ementado:

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.

(EResp 961863/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13/12/2010, DJe 06/04/2011)

Assim, confirmou-se 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 apreendida e periciada a arma empregada 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, que se falar em constrangimento ilegal no caso dos autos.

Na hipótese, nota-se que o magistrado singular concluiu pela aplicação da causa especial de aumento, nos seguintes termos:

"A majorante emprego de arma, prevista no inciso I, § 2º, artigo 157, do Código Penal, restou evidenciada.

A majorante supramencionada, desde que demonstrada através da prova oral produzida, como ocorreu no caso (f. 181-182), plenamente admissível, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial." (e-STJ fl. 14)

O Colegiado estadual, por sua vez, entendeu devidamente comprovado o emprego da arma, conforme se verifica da fundamentação do acórdão impugnado, no ponto em que mantém a incidência da majorante em questão:

"A realização de perícia para alestar potencialidade lesiva da arma é dispensada, se as vítimas confirmaram a utilização das armas, mediante depoimentos seguros e claros: ademais, a arma, independentemente de sua potencialidade lesiva, só por si é capaz de impor medo e ameaçar a vítima, o que é suficiente para configurar o ilícito penal." (e-STJ fl. 100)

Nesse contexto, inviável a alegação de que as instâncias de origem incorreram em constrangimento ilegal, pois, verificando-se que no caso concreto a prova oral foi utilizada para atestar o uso efetivo da arma no assalto, restando plenamente comprovado o seu emprego, não há como excluir da condenação a causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Ademais, além de comprovada pelos relatos aludidos, o poder vulnerante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, ou seja, sustente ausência de potencial lesivo do objeto utilizado para intimidar a vítima, provar tal evidência, nos termos do contido no art. 156 do CPP, o que, diga-se, não ocorreu.

São os precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. INAPTIDÃO PARA COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. O acórdão impugnado firmou entendimento consoante com a jurisprudência desta Corte Superior de serem desnecessárias, para a configuração da causa de aumento de pena no roubo, a apreensão e a perícia de arma quando a sua utilização puder ser demonstrada por outros meios de prova. Aplicação da Súmula n. 83 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 541.760/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 17/05/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CAUSA DE AUMENTO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA. REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SÚMULA 440 DO STJ. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência nº 961.863/RS, firmou o entendimento de que é prescindível a apreensão e a perícia da arma para a comprovação de seu potencial lesivo, bastando, para a aplicação da causa de aumento, que seja devidamente comprovado o seu emprego para a prática do crime.

3. "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" (HC 96.099/RS, Rel. Min. RICARDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEWANDOWSKI, Pleno, maioria, Dje de 05.06.2009). Na hipótese vertente, tendo as instâncias de origem concluído pelo emprego de arma de fogo com potencial lesivo, a alegação de que se tratava de um mero simulacro demanda o reexame do contexto fático-probatório, incabível no veio restrito e mandamental do habeas corpus.

[...]

5. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime inicial semiaberto.

(HC 347.599/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016)

No que se refere à utilização de uma das qualificadoras como circunstância para majorar a pena na primeira fase da dosimetria, cumpre asseverar que é assente na jurisprudência desta Corte Superior que *"na hipótese de pluralidade de qualificadoras, é plenamente possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e das demais para exasperar a pena-base ou agravar a pena intermediária na segunda fase do critério trifásico."* (HC 296.009/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 17/02/2016).

Nesse vértice:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONDUTA SOCIAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. UTILIZAÇÃO DE QUALIFICADORA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CARACTERIZADO. CRIME CONTINUADO. UNIDADE DE DESÍGNIOS NÃO CONFIGURADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - In casu, as instâncias ordinárias, ao analisarem as circunstâncias que cercaram a prática do delito entenderam, de forma fundamentada, pela maior reprovabilidade da conduta do paciente, (culpabilidade e conduta social), que vitimou pessoas com quem o mantinha relação de amizade ou ao menos de coleguismo, bem como tinha envolvimento com o narcotráfico e andava armado, denotando prática social inadequada. Assim, tendo se operado a dosimetria dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, considerando o caso concreto e a maior reprovabilidade da conduta, não se revela flagrante ilegalidade capaz de ensejar a concessão da ordem de ofício.

IV - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, havendo duas ou mais qualificadoras, uma delas deverá ser utilizada para qualificar a conduta, alterando o quantum da pena em abstrato, e as demais poderão ser valoradas na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes previstas na legislação penal, ou, ainda, como circunstância judicial, afastando a pena-base do mínimo legal.

V - No caso, a qualificadora "recurso que impossibilitou ou dificultou a defesa da vítima" foi utilizada para qualificar o delito, enquanto o "motivo torpe" restou valorado na segunda fase da dosimetria, para agravar a pena. Assim procedendo, as instâncias ordinárias alinharam-se ao entendimento desta Corte, inexistindo, por isso, qualquer constrangimento passível de correção.

(Precedentes).

VI - Para o reconhecimento da continuidade delitiva é indispensável que o réu tenha praticado as condutas delituosas em idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, e, ainda, que exista entre elas um liame a indicar a unidade de desígnios do agente, o que não foi demonstrado na espécie. Rever o entendimento das instâncias ordinárias para reconhecer a figura da continuidade delitiva demandaria, necessariamente, amplo reexame do acervo fático-probatório, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. (Precedentes).

Não conheço do habeas corpus.

(HC 402.851/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. QUANTUM DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Presente mais de uma circunstância que qualifique o furto, é possível utilizar uma delas para configurar a forma qualificada do delito e a outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base. Precedentes.

2. É proporcional a pena-base estabelecida ao condenado por crime de furto qualificado, diante da valoração negativa de uma circunstância judicial - 9 meses acima do mínimo legal -, se considerados os patamares mínimo e máximo previstos para o tipo penal que incide na espécie - de 2 a 8 anos de reclusão.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 368.411/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

Dessa forma, constata-se que a Corte recorrida, ao exasperar a pena-base utilizando como fundamento a incidência de uma das qualificadoras do crime de roubo, alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício, inexistindo constrangimento ilegal a ser reparado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0110574-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 399.629 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00142241820098120001 142241820098120001

EM MESA

JULGADO: 07/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MARCOS LOPES DE CARVALHO
CORRÉU : ERALDO CRIVELARE DA SILVA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARCOS LOPES DE CARVALHO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.