



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.811 - RJ (2012/0131419-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : TIAGO SERAFIN DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

ATENUANTE INOMINADA. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA 231/STJ.

A teoria da co-culpabilidade não demanda análise, a uma por esta não ser aceita no âmbito deste Tribunal Superior e a duas por se encontrar a pena-base no seu patamar mínimo, sendo que qualquer providência encontraria óbice no Enunciado Sumular 231/STJ.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. REVÓLVER DESMUNICIADO. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. MAJORANTE CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A utilização de arma desmuniada não impede o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

2. Não há que se confundir a ausência de potencialidade lesiva com o fato de a arma de fogo estar desmuniada, por se cuidar de institutos totalmente diversos; pois, enquanto o primeiro diz respeito à impossibilidade absoluta de uso do objeto, o segundo refere-se à inadequação momentânea da arma para seu devido fim, o qual poderia ser facilmente afastado com o seu municiamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Na hipótese, verifica-se que o magistrado sentenciante, não obstante tenha destacado o emprego da arma de fogo na empreitada delitiva, apenas não fez incidir o aumento na pena, em razão do desmuniamento do objeto, em nada se referindo a eventual ausência de potencialidade lesiva, devendo, portanto, ser mantida a referida majorante reconhecida pelo Tribunal *a quo*.

DOSIMETRIA. DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA EM 2/5 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 443 DESTA STJ. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de duas causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizarem. 2. Verificando-se que o Tribunal de origem fixou a fração em 2/5 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior Tribunal. Exegese da Súmula 443 desta STJ.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a fração de 1/3 (um terço) no que concerne as majorantes, **perfazendo a reprimenda definitiva do paciente em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa**, mantidos, no mais a sentença e o aresto impugnados.

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:

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa.

Votou vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 1º de abril de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.811 - RJ (2012/0131419-4)

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : TIAGO SERAFIN DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de TIAGO SERAFIN DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da apelação criminal n.º 0004101-79.2009.8.19.0028.

Extraí-se dos autos que o Paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, por duas vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal, e à pena de 1 ano de reclusão, por infração ao art. 1.º da Lei n.º 2.252/54.

Da sentença, a Defesa do Paciente e o Ministério Público apelaram. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso ministerial, para, reconhecendo a presença da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma, majorar a pena do Paciente, quanto ao crime de roubo agravado, para 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

No presente *writ*, sustenta a Impetrante a ilegalidade da aplicação da majorante relativa ao emprego de arma, uma vez que a arma utilizada estaria desmuniada. Aduz também que, no caso, deve ser aplicada a teoria da co-culpabilidade, reconhecendo-se a atenuante genérica do art. 66 do Código Penal.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja reconhecida a atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, bem como seja desconsiderada a multicitada causa de aumento de pena referente ao emprego de arma.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 100/136, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 140/142, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

Em Sessão de Julgamento, realizada em 01/04/2014, a Quinta Turma deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de Justiça, por maioria, concedeu ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do e. Min. JORGE MUSSI, no qual fiquei vencida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.811 - RJ (2012/0131419-4)

VOTO VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haver entendido tratar-se de “utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais”.

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça **salientou, com apoio** em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “**habeas corpus**”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Na hipótese dos autos, ao afastar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, o Juízo processante asseverou:

*"Todos esses elementos tornam inquestionável a reunião de três agentes que, agindo em comunhão de ações e desígnios, subtraíram, mediante grave ameaça **exercida com emprego de arma de fogo desmuniada**, dois aparelhos de telefone celular e cerca de R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) em espécie pertencentes às vítimas Victor Enne Varlotta e Tainá Golzio Barqueta Donnini.*

[...]

Entretanto, quanto à causa de aumento de pena resultante do emprego de arma de fogo (art. 157, § 2.º, inciso I, CP), nos parece que sua aplicação não se revela possível na hipótese vertente. Isso porque os dados constantes dos autos revelam que a arma utilizada no crime estava desmuniada, ou seja, não apresentava potencial lesivo." (fls. 46/48; sem grifos no original)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, ao dar provimento ao recurso ministerial e reconhecer a presença da majorante relativa ao emprego de arma de fogo, valeu-se da seguinte fundamentação:

"De igual forma, o fato de a arma de fogo estar desmuniada não afasta a aplicação da agravante, na medida em que o armamento possui capacidade de intimidação em relação à vítima, o que impõe o reconhecimento da majorante prevista no inciso I do parágrafo 2.º do art. 157." (fl. 85)

Como se sabe, esta Corte Superior, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, firmou o entendimento de que a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta respectiva majorante, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo utilização na ação delituosa.

Todavia, "[a] utilização de arma comprovadamente ineficaz para disparo e desmuniada impede o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal" (HC 169.083/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/03/2011), como no caso.

Nesse mesmo sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA DEMONSTRADA. INAPLICABILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O emprego de arma, ineficaz, com defeito fundamental, e não meramente accidental, carece de força para fazer incidir a majorante do inciso I do art. 157 § 2º do Código Penal. A total inocorrência de perigo real para a integridade física da vítima, em virtude do uso da arma, como tal, é incontornável. O uso de arma, intimidando o ofendido, configura o roubo mas não possibilita a incidência de circunstância legal específica de aumento de pena (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

Ordem concedida." (HC 131.516/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 31/08/2009.)

Por outro lado, no que diz respeito à adoção da teoria da co-culpabilidade, vale ressaltar que esta não tem sido aceita pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. De fato, a mencionada teoria, *"no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos"* (HC 172.505/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 31/05/2011, DJe 01/07/2011.)

Nesse sentido, a título exemplificativo, confira-se o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. PRETENSÕES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. VIA INADEQUADA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. *Hipótese em que as instâncias originárias examinaram, com profundidade, os elementos de convicção produzidos nos autos da ação penal, concluindo pela condenação do paciente. Inviável atender a pretensão defensiva, de absolvição ou desclassificação da conduta, nesta via estreita do mandamus, em que vedado o revolvimento fático-probatório.*

2. **O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos.** Ademais, conforme ressaltou a Corte estadual, sequer restou demonstrado ter sido o paciente prejudicado por suas condições sociais.

3. *Habeas corpus denegado.*" (HC n.º 187.132/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18/02/2013 - sem grifos no original)

Ademais, *ad argumentandum tantum*, mostra-se inviável, na via angusta do *habeas corpus*, a aplicação da teoria da co-culpabilidade, como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, pois exige, inevitavelmente, o exame percuciente de matéria fático-probatória, a fim de perquirir se a omissão do Estado em assegurar ao Paciente os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República contribuiu para a prática do crime.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Porém, CONCEDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus, de ofício, para, **afastando a majorante do art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal**, restabelecer a dosimetria da pena fixada na sentença condenatória.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0131419-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 246.811 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14754020108190000 20090280042111 2342009 41017920098190028

EM MESA

JULGADO: 20/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : TIAGO SERAFIN DA SILVA

CORRÉU : SANDRO LOPES DE FREITAS

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:

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora não conhecendo do pedido e concedendo "Habeas Corpus" de ofício, pediu vista o Sr. Ministro Jorge Mussi".

Aguardam os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.811 - RJ (2012/0131419-4)

VOTO-VENCEDOR

O SR MINISTRO JORGE MUSSI: Embora impetrado em indevida substituição ao recurso cabível, o presente *writ* noticia a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal ao paciente, a reclamar a atuação de ofício desta Corte Superior de Justiça.

O presente *habeas corpus* foi impetrado em favor de TIAGO SERAFIN DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que proveu a Apelação n. 0004101-79.2006.8.19.0028, para reconhecer o emprego de arma e adequar a pena em relação ao crime de roubo para 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, e 30 dias-multa.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto não poderia incidir a majorante do emprego de arma, haja vista não ter sido comprovada a sua potencialidade lesiva, sendo imprescindível "*o REAL E CONCRETO RISCO QUE O USO DA MESMA ACARRETA PARA A INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA*". (e-STJ fls. 4).

Defende que presumir a eficácia lesiva do artefato seria decidir em prejuízo do paciente, sendo que qualquer presunção somente poderia ser feita em seu favor.

Aduz que, caso não se entenda por afastar a referida majorante, o aumento na terceira fase da dosimetria deveria se dar no mínimo legal, pois não se apontou motivação idônea para acrescer em 2/5 (dois quintos).

Entende que haveria de incidir a atenuante inominada do art. 66 do Código Penal, haja vista que o meio social em que inserido reduziria a culpabilidade e autodeterminação do paciente.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja afastada a majorante do emprego de arma e reduzida a pena.

De início, convém distinguir duas situações que trouxeram dúvidas no julgamento deste *writ*. Em primeiro lugar, na hipótese, não se atestou a ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

potencialidade lesiva da arma de fogo, apenas se consignou que se tratava de artefato desmuniado, inapto, portanto, a causar dano às vítimas.

Contudo, não há que se falar em afastamento da majorante pelo emprego de arma, visto que o fato de o armamento não estar municiado não teria o condão de impedir o reconhecimento do uso de arma.

Isso porque somente poderia se falar em ausência de potencialidade lesiva do objeto caso o mesmo fosse apreendido e atestada a sua inadequação para efetuar disparos, ou seja, na hipótese de ter sido comprovada a sua absoluta impropriedade, de modo a elidir o seu poder vulnerante, permanecendo, contudo, a grave ameaça, própria do tipo penal de roubo.

Outrossim, conforme reiteradamente decidido no âmbito deste Tribunal, as palavras da vítima e das testemunhas são suficientes para atrair a incidência desta causa de aumento e, caso se alegue a ausência de funcionalidade da arma, caberia à defesa a entrega do referido objeto para perícia, para daí, comprovada a sua falta de lesividade, extirpar o aumento implementado.

No caso, verifica-se que o magistrado sentenciante, não obstante tenha destacado o emprego da arma de fogo na empreitada delitiva, apenas não fez incidir o aumento na pena, em razão do desmuniamento do objeto, em nada se referindo a eventual ausência de potencialidade lesiva, no sentido de defeito insuperável no objeto, conforme se nota da leitura do seguinte excerto:

"Nessa ação específica, houve clara divisão de tarefas entre os agentes, visto que um se encarregou de abordar as vítimas com a arma de fogo, enquanto os demais cuidaram de subtrair os aparelhos de telefone celular e o dinheiro dos lesados. Assim, é possível concluir que a causa especial de aumento decorrente do concurso de agentes (art. 157, § 2º, II, do CP) deve incidir na hipótese vertente. Entretanto, quanto à causa de aumento de pena resultante do emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I, do CP), nos parece que sua aplicação não se revela possível na hipótese vertente. Isso porque os dados constantes dos autos revelam que a arma utilizada no crime estava desmuniada, ou seja, não apresentava potencial lesivo." (e-STJ fls. 48).

Pela leitura da decisão supra, é evidente que se tratou da mesma forma a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ausência de potencialidade lesiva com o fato de a arma estar desmuniada, o que, contudo, não pode ser aceito, por se cuidar de institutos totalmente diversos; pois, enquanto o primeiro diz respeito à impossibilidade absoluta de uso do objeto, o segundo refere-se à inadequação momentânea da arma para seu devido fim, o qual poderia ser facilmente afastado com o seu municiamento.

Desse modo, deve prevalecer o aresto impugnado, no ponto em que assim se manifestou:

"Primeiramente deve ser consignado que merece prosperar o recurso ministerial, porque a utilização da arma de fogo para a prática do delito de roubo foi demonstrada pelo depoimento das testemunhas, não sendo necessária a apreensão e realização de perícia na arma para que o aumento seja configurado.

De igual forma, o fato de a arma de fogo estar desmuniada não afasta a aplicação da agravante, na medida em que o armamento possui capacidade de intimidação em relação à vítima, o que impõe o reconhecimento da majorante prevista no inciso I do parágrafo 2º do art. 157." (e-STJ fls. 85).

Nesse sentido, destaca-se o seguinte precedente da Suprema Corte, no que interessa ao caso em exame:

*Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Ato infracional equiparado a crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I e II, do CP). 3. Adolescente condenado a cumprir medida de internação por tempo indeterminado, com a execução limitada ao período de 12 meses, conforme artigos 121, caput, §§ 2º e 3º, do ECA. 4. A celeuma diz respeito a dois pontos controvertidos: a configuração da violência pelo uso de arma de fogo e a possibilidade de internação do adolescente. 5. O TJ/MG alega que a arma tinha potencial lesivo, conforme laudo acostado aos autos após a sentença, afirmando que, naquela oportunidade, foi garantido o contraditório à defesa. 6. **Ainda que a arma não tivesse sido apreendida, conforme jurisprudência desta Suprema Corte, seu emprego pode ser comprovado pela prova indireta, sendo irrelevante o fato de estar desmuniada para configuração da majorante.** Precedentes. 7. Conforme sentença, o uso de arma de fogo restou comprovado pela confissão e depoimento da vítima. Portanto, conforme jurisprudência do STF é despicienda a comprovação da potencialidade lesiva, tendo em vista que sua utilização propiciou a subtração do bem almejado pelos menores. 8. A medida de internação é excepcionalíssima, razão pela qual a gravidade abstrata do ato infracional, por si só, não tem o condão de determiná-la. Precedentes. 9. O magistrado, a par da violência do ato infracional, fundamentou a decisão com fulcro no laudo psicossocial. 10. Medida de internação adequada ao caso*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto, pois teve como fundamento a gravidade do ato infracional praticado – análogo ao delito de roubo com emprego de arma de fogo – somada a aspectos psicossociais desfavoráveis constantes do relatório interdisciplinar. 11. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.(RHC 115077, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 06-09-2013 PUBLIC 09-09-2013)

Outrossim, não se olvida que constitui crime a ação de portar arma ainda que desmuniada, não podendo situações semelhantes receber tratamentos tão distintos.

Desse modo, não há que se falar em afastamento da majorante referente ao emprego de arma.

Prosseguindo no julgamento, no que diz respeito à pretendida atenuante inominada, referente à teoria da co-culpabilidade, verifica-se que o pleito não demanda análise, a uma por esta não ser aceita no âmbito deste Tribunal Superior e a duas por se encontrar a pena-base no seu patamar mínimo, sendo que qualquer providência encontraria óbice no Enunciado Sumular 231/STJ.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. PRETENSÕES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. VIA INADEQUADA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Hipótese em que as instâncias originárias examinaram, com profundidade, os elementos de convicção produzidos nos autos da ação penal, concluindo pela condenação do paciente. Inviável atender a pretensão defensiva, de absolvição ou desclassificação da conduta, nesta via estreita do mandamus, em que vedado o revolvimento fático-probatório.

2. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. Ademais, conforme ressaltou a Corte estadual, sequer restou demonstrado ter sido o paciente prejudicado por suas condições sociais.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 187.132/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 18/02/2013)

HABEAS CORPUS. FURTO. TENTADO. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. (2) ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. (3) CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. (4) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. (5) PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. (6) TENTATIVA. REDUÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (7) WRIT NÃO CONHECIMENTO.

[...]

5. É assente nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a fixação da pena privativa de liberdade no seu mínimo, impede seja considerado qualquer efeito jurídico resultante da incidência de atenuante para autorizar sua diminuição aquém daquele patamar.

Enunciado n.º 231 da súmula desta Corte Superior de Justiça.

6. A redução da pena relativa à tentativa no patamar máximo, como requerido pela defesa, não encontra justificativa plausível, uma vez que as instâncias de origem apresentaram fundamentação idônea para aplicar a fração de 1/2 (metade).

7. Writ não conhecido.

(HC 245.131/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014)

Por fim, no tocante às majorantes do delito de roubo, observa-se que optou-se por fixar o aumento na fração de 2/5 (dois quintos).

Dos autos, verifica-se que o *quantum* de aumento de pena foi fixado apenas considerando-se a quantidade de majorantes imputada ao sentenciado e, assim decidindo, malferiu-se o enunciado sumular 443 desta Corte Superior, *in verbis*: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

Em relação ao dito aumento, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. DOSIMETRIA. DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA DE 3/8 (TRÊS OITAVOS) SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 443 DESTE STJ. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de duas causas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. Verificando-se que a Corte de origem manteve a fração de 3/8 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior Tribunal, devendo ser mantida a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 248.529/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02-05-2013, DJU de 16-05-2013).

Assim, neste ponto, verifica-se presente o constrangimento ilegal deduzido, impondo-se a concessão da ordem, pois não se apontou justificativa idônea que permitisse a adoção da fração escolhida, devendo, portanto, ser reduzido o *quantum* do aumento ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), restando a reprimenda intermediária em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Mantido o aumento de 1/6 (um sexto), em razão do concurso formal, resulta a pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, a qual torna-se definitiva ante a inexistência de outras causas modificativas.

Diante do exposto, **não conheço da impetração** substitutiva do recurso cabível, **mas concedo habeas corpus de ofício** para fixar a fração de 1/3 (um terço) no que concerne as majorantes, **perfazendo a reprimenda definitiva do paciente em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa**, mantidos, no mais a sentença e o aresto impugnados.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0131419-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 246.811 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14754020108190000 20090280042111 2342009 41017920098190028

EM MESA

JULGADO: 01/04/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : TIAGO SERAFIN DA SILVA
CORRÉU : SANDRO LOPES DE FREITAS

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:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa.

Votou vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.