



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 82.282 - SP (2007/0099069-2)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : RHAYSSA CASTRO SANCHES RODRIGUES -
PROCURADORIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSIMAR BEZERRA DA SILVA MORAIS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. INCIDÊNCIA DE ATENUANTE NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA QUESTÃO NA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. MENORIDADE. CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA PELA ATENUANTE. RECONHECIMENTO. COMPROVAÇÃO PELA FOLHA DE ANTECEDENTES. SÚMULA 74 DO STJ. 3. COMPENSAÇÃO DA MENORIDADE COM A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA AOS MAUS ANTECEDENTES. OCORRÊNCIA. 4. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. 5. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. 6. ORDEM CONCEDIDA.

1. Embora o colegiado do Tribunal de origem não tenha examinado uma das questões objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria acerca da incidência de atenuante nesta Corte Superior. Precedentes.

2. Há evidente ilegalidade se, comprovada a menoridade pela folha de antecedentes do acusado, em atenção ao disposto na Súmula n.º 74 desta Corte, o Magistrado *a quo* deixa de reconhecer a dita atenuante, prevista no art. 65, I, do Código Penal.

3. A Sexta Turma desta Corte tem entendido que a atenuante da menoridade deve ser compensada com a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes. Precedentes.

4. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula n.º 174, deste Sodalício.

5. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico "integridade física", devendo ser excluída a causa de aumento.

6. Ordem concedida para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal e, de ofício, reconhecer a incidência da atenuante da menoridade, reduzindo a pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, concedeu a ordem, inclusive de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 05 de agosto de 2010(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 82.282 - SP (2007/0099069-2)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : RHAYSSA CASTRO SANCHES RODRIGUES -
PROCURADORIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSIMAR BEZERRA DA SILVA MORAIS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSIMAR BEZERRA DA SILVA MORAIS, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 879.649.3/8-0000-000).

Ressume-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais 16 (dezesseis) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelo, cujo provimento foi negado pelo Colegiado Estadual.

Neste *writ*, alega a impetrante que o Juízo *a quo* fixou a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, em razão dos antecedentes do paciente (considerando especialmente uma condenação não transitada em julgado), mas não considerou a atenuante da menoridade.

Afirma que não foi apreendida arma de fogo na posse do paciente e, assim, não foi juntado aos autos laudo pericial que constataste sua capacidade vulnerante.

Sustenta que prevalece nesta Corte o entendimento de que a intimidação da vítima causada por arma de fogo sem potencial ofensivo nada mais é do que a grave ameaça, inerente ao crime de roubo, não podendo configurar causa de aumento da pena.

Requer a concessão liminar da ordem e sua posterior confirmação para que seja reduzida a pena em razão da consideração da atenuante da menoridade e da exclusão da causa de aumento.

O pedido liminar foi indeferido à fl. 34, sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, trazidas às fls. 43/124.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Samir Haddad (fls. 126/128), pela concessão parcial da ordem "apenas para se reconhecer um mínimo percentual de redução à pena imposta, em razão do reconhecimento da menoridade penal do paciente, haja vista que faltavam apenas 26 dias para o advento de sua maioridade, quando da data do evento delituoso".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 82.282 - SP (2007/0099069-2)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCIDÊNCIA DE ATENUANTE NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA QUESTÃO NA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. MENORIDADE. CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA PELA ATENUANTE. RECONHECIMENTO. COMPROVAÇÃO PELA FOLHA DE ANTECEDENTES. SÚMULA 74 DO STJ. 3. COMPENSAÇÃO DA MENORIDADE COM A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA AOS MAUS ANTECEDENTES. OCORRÊNCIA. 4. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. 5. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. 6. ORDEM CONCEDIDA.

1. Embora o colegiado do Tribunal de origem não tenha examinado uma das questões objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria acerca da incidência de atenuante nesta Corte Superior. Precedentes.

2. Há evidente ilegalidade se, comprovada a menoridade pela folha de antecedentes do acusado, em atenção ao disposto na Súmula n.º 74 desta Corte, o Magistrado *a quo* deixa de reconhecer a dita atenuante, prevista no art. 65, I, do Código Penal.

3. A Sexta Turma desta Corte tem entendido que a atenuante da menoridade deve ser compensada com a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes. Precedentes.

4. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula n.º 174, deste Sodalício.

5. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico "integridade física", devendo ser excluída a causa de aumento.

6. Ordem concedida para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal e, de ofício, reconhecer a incidência da atenuante da menoridade, reduzindo a pena privativa de liberdade.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A questão trazida a deslinde abarca dois tópicos: I) o reconhecimento da atenuante da menoridade; e II) o afastamento da causa de aumento relativa ao uso da arma de fogo.

Vê-se que a Corte Estadual não analisou a tese acerca da atenuante no recurso de apelação, visto que não foi ventilada pela defesa.

A jurisprudência desta Corte tem considerado não ser possível o conhecimento de *habeas corpus* quando não apreciada a questão pelo Tribunal *a quo*, sob pena de indevida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supressão de instância.

Entretanto, excepciona-se o dito entendimento quando caracterizado o manifesto constrangimento ilegal.

Com efeito, por força do § 2º do artigo 654 do Código de Processo Penal, constitui-se um dever do juiz ou tribunal conceder de ofício ordem de *habeas corpus* quando verificarem que alguém está sofrendo uma coação ilegal em sua liberdade de locomoção.

Vejam-se, a respeito, os seguintes arestos:

"PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONFISSÃO. ATENUANTE. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA INSTÂNCIA A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. No que se refere à apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, é vedada a apreciação em *habeas corpus* de matéria ausente na petição do recurso e; em consequência, não enfrentada pelo acórdão que a julgou. Como o efeito devolutivo da apelação, nesses casos, é restrito aos fundamentos de sua interposição, se a tese não foi argüida em segundo grau, sua apreciação por esta Corte acarretaria, inevitavelmente, supressão de instância.

2. O pleito encontra óbice no Enunciado nº 713 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que preceitua: "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".

3. Impetração não conhecida. Entretanto, foi concedida ordem de ofício a fim de, em relação à atenuante da menoridade, reduzir a pena em um ano para cada crime, totalizando trinta e oito anos de reclusão."

(HC 102.242/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 03/08/2009)

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. LEI N.º 11.464/07. LAPSOS TEMPORAIS MAIS GRAVOSOS. *NOVATIO LEGIS IN PEJUS*. IRRETROATIVIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte já havia firmado entendimento no sentido de considerar inconstitucional a vedação ao cumprimento progressivo da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos, nos termos do posicionamento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 82.959/SP.

2. A Lei n.º 11.464/07, apesar de banir expressamente aludida vedação, estabeleceu lapsos temporais mais gravosos para os condenados pela prática de crimes hediondos alcançarem a progressão de regime prisional, constituindo-se, neste ponto, verdadeira *novatio legis in pejus*, cuja retroatividade é vedada pelos artigos 5º, XL, da Constituição Federal e 2º do Código Penal, aplicáveis, portanto, apenas aos crimes praticados após a vigência da novel legislação, ou seja, 29 de março de 2007.

3. Não tendo a ordem sido conhecida na origem, inviável o conhecimento da impetração.

4. Ordem concedida, de ofício, para afastar a incidência dos lapsos temporais previstos na Lei n.º 11.464/07, para que o juízo das execuções



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminais analise os requisitos objetivos e subjetivos do paciente para a obtenção da progressão de regime de acordo com o regramento do art. 112 da Lei de Execuções Penais." (HC 94.640/SP, de minha relatoria, DJ 14/11/2007)

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. MENORIDADE. ATENUANTE. QUESTÃO NÃO DEBATIDA PELA INSTÂNCIA ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. RECLAMO IMPROVIDO. RÉU COM MENOS DE 21 ANOS À DATA DOS FATOS CRIMINOSOS. CIRCUNSTÂNCIA COMPROVADA DOCUMENTALMENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO DE OFÍCIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tendo a inicial pretendido a aplicação, diretamente por este Superior Tribunal, da atenuante da menoridade, não discutida pelo Sodalício de origem, correta a decisão que negou seguimento ao remédio constitucional, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Estando comprovado documentalmente que o agravante contava com menos de 21 anos à data dos fatos criminosos, merece reconhecida em seu favor a atenuante do art. 65, I, do CP.

3. Agravo regimental improvido, concedendo-se habeas corpus de ofício para reconhecer em favor do recorrente a atenuante do art. 65, I, do CP, redimensionando a sanção, que resta definitiva em 1 ano de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão proferidos."

(AgRg no HC 135.346/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 05/10/2009)

Assim, analisa-se neste Superior Tribunal a supracitada tese.

Com relação à atenuante da menoridade, constato a existência de flagrante ilegalidade. O fato delituoso em exame ocorreu na data de 12.1.2004 (fl. 8). Depreende-se da folha de antecedentes que o ora paciente nasceu em 7.2.1983 (fl. 118), encontrando-se, assim, com 20 (vinte) anos na data do evento criminoso.

É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em sendo comprovada a menoridade do réu, *in casu*, pela folha de antecedentes, deve ser aplicada a atenuante da menoridade, prevista no art. 65, I, do Código Penal, visto que atendido o disposto no enunciado n.º 74 da Súmula desta Corte, *in verbis*: "para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil".

Nesse sentido, estes julgados:

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. NECESSIDADE DE APREENSÃO DO ARTEFATO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA.

1. Prevalece, na Sexta Turma desta Corte, o entendimento de que, para a incidência da causa de aumento decorrente do emprego de arma, é indispensável a apreensão do artefato, com a posterior realização de perícia,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fim de comprovar a potencialidade lesiva. Ressalva do entendimento pessoal do Relator.

2. No caso, tem-se que o artefato não foi apreendido, bem como não foi comprovada sua potencialidade lesiva por outros meios de prova, como, por exemplo, efetuação de disparo durante a prática do delito, o que enseja a exclusão do acréscimo decorrente da referida causa de aumento.

3. Conforme compreensão do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da menoridade prepondera sobre todas as circunstâncias agravantes.

4. Ordem concedida para, de um lado, compensando a atenuante da menoridade com a agravante da reincidência; de outro lado, afastando da condenação o acréscimo decorrente do emprego de arma, reduzir as reprimendas, fixando-as definitivamente em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantido o regime prisional (semiaberto) fixado na origem."

(HC 154.055/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010)

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE FIXOU AS PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. OFENSA À SAÚDE PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CONSEQÜÊNCIA PRÓPRIA DO TIPO IMPUTADO. CIRCUNSTÂNCIA DECOTADA DO CÁLCULO DA PENA-BASE. MENORIDADE À ÉPOCA DO FATO E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTES DE APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA NA HIPÓTESE DE PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A ofensa à saúde pública é consequência inerente ao próprio tipo de tráfico ilícito de entorpecentes, não podendo ser utilizado como fundamento para o aumento da pena base.

2. Constatada a menoridade do réu à época dos fatos, é de rigor a aplicação da circunstância atenuante na segunda fase da aplicação da pena, na hipótese de a pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal.

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

4. Ordem concedida para, reformando a sentença condenatória e o acórdão impugnado, fixar as penas do primeiro Paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, no mínimo legal, e do segundo Paciente em 5 anos e 10 meses de reclusão e 562 dias-multa, no mínimo, mantido, para ambos os Pacientes, o regime inicial fechado de cumprimento de pena, nos termos do § 2.º do art. 1.º da Lei n.º 8.072/90."

(HC 144.226/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA DO PACIENTE. MENORIDADE RELATIVA À ÉPOCA DOS FATOS. RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES. OBRIGATORIEDADE. CONCURSO DE ATENUANTES E AGRAVANTE. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. PENA FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO. PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. VIABILIDADE.

1. Se da leitura dos autos desponte a confissão do paciente, de rigor a incidência da circunstância atenuante. De igual modo, caso seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devidamente comprovada a menoridade relativa à época dos fatos, é inafastável o reconhecimento da benesse.

2. No caso, a instância ordinária afirmou expressamente que, em sede judicial, o acusado reconheceu a prática delitiva, mas, na aplicação da pena, não se reportou a tal atenuante nem à referente à menoridade relativa.

3. Considerando a pena fixada; a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis; a primariedade e os bons antecedentes, mostra-se desarrazoado o estabelecimento do regime prisional mais gravoso.

4. Ordem concedida para, de um lado, reconhecendo a presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, compensá-las com a agravante decorrente do fato de a vítima ser maior de 60 (sessenta) anos de idade, reduzindo, em consequência, a reprimenda recaída sobre o paciente de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão mais 11 (onze) dias-multa a 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa; de outro lado, estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da privativa de liberdade."

(HC 130.950/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 13/10/2009)

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. MENORIDADE. COMPROVAÇÃO POR DOCUMENTO IDÔNEO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DO ART. 65, I, DO CP. RECONHECIMENTO DEVIDO. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA.

1. Comprovado por documentação idônea e incontroversa que o paciente contava com 18 anos à data dos fatos criminosos, de ser reconhecida a presença da atenuante da menoridade.

APLICAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO. DECLARAÇÕES UTILIZADAS PARA EMBASAR E MANTER A CONCLUSÃO CONDENATÓRIA. ESPONTANEIDADE E INTEGRALIDADE. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP, OBRIGATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar e manter a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática dos ilícitos foi espontânea ou não, integral ou parcial.

2. Ordem concedida para, reconhecendo a incidência das atenuantes dos arts. 65, I e III, d, do CP, reduzir a pena do paciente, que resta definitiva em 2 anos de reclusão, para a infração ao art. 14, caput, da Lei n. 10.826/06, 2 meses de detenção, para o crime do art. 147 do CP, e 6 meses de detenção, para a violação ao art. 329 do CP, mantida, no mais a sentença condenatória."

(HC 96.133/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2008, DJe 15/12/2008)

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. (A) EXCESSO NA DOSIMETRIA DA PENA. INOCORRÊNCIA. (2) MENORIDADE. DOCUMENTO HÁBIL. EXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO. RECONHECIMENTO.

1. Não se apura ilegalidade na majoração em 1/10 da pena-base em condenação por latrocínio, dado o emprego de armas de grosso calibre e a existência de concurso de agentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Constando dos autos folha de antecedentes na qual se apura a menoridade do réu, tem-se documento hábil nos termos da Súmula 74 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Ordem concedida, em parte, para reconhecida a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, reduzir a pena para vinte anos de reclusão."

(HC 50.379/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 24/09/2007 p. 374)

Assim, é de rigor o reconhecimento da atenuante da menoridade, a qual deve ser compensada com a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes. Sobre o tema, eis os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. EXACERBAÇÃO INJUSTIFICADA. NULIDADE. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA SOBRE AS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS, INCLUSIVE, SOBRE OS MAUS ANTECEDENTES.

1. 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.

2. A atenuante da menoridade deve preponderar sobre qualquer outra circunstância, inclusive sobre a reincidência, por sua vez mais gravosa do que os maus antecedentes, sob pena de malferimento ao princípio da individualização da pena.

3. Ordem concedida tão-somente para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto."

(HC 33.919/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2005, DJ 07/03/2005 p. 290)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA LEGAL DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA SOBRE AS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A circunstância atenuante da menoridade prepondera sobre as demais circunstâncias, legais e judiciais, prevalecendo sobre maus antecedentes. Precedentes do STF e do STJ.

2. Ordem concedida."

(HC 30.797/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2004, DJ 01/08/2005 p. 562)

De mais a mais, verifica-se que a circunstância dos antecedentes foi tida por desfavorável ante a existência do Processo n.º 3.308/2004 - Controle n.º 18/2004, que tramitou na 24ª Vara Criminal da Capital/SP (fl. 123). Contudo, o trânsito em julgado somente adveio na data de 21.6.2004, ou seja, o feito estava em curso à época, não devendo figurar, pois, para a negatividade da mencionada circunstância judicial nos autos ora em análise -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo n.º 10.533/2004, Controle n.º 320/2004, da 20ª Vara Criminal da Capital/SP (fls. 120/124) -, de acordo com remansosa jurisprudência e com o Enunciado Sumular n.º 444 desta Corte, *in verbis*: "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Relativamente à aplicação da causa de aumento do emprego de arma, confira-se, pois, o dito pelo Juízo de origem ao proferir a decisão condenatória (fls. 14/15):

"(...)

Por fim nos autos restou bem demonstrada a qualificadora de uso de arma, conforme as declarações da vítima, sendo desnecessária perícia.

(...)

Passo à fixação da pena.

Atento a diretriz do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em cinco anos de reclusão e ao pagamento de doze dias-multa, uma vez que o réu possui péssimos antecedentes e já foi condenado por roubo anteriormente. Face à qualificadora presente, aumento à pena em um terço perfazendo o total de seis anos e oito meses, e pagamento de multa equivalente à dezesseis dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos.

(...)

Nos termos do artigo 33 do Código Penal, o regime inicial da pena privativa de liberdade é o fechado, pois trata-se de crime grave, que causa clamor público e instabilidade na paz social, e deve ser reprimido, com rigor.

(...)"

Colhe-se o seguinte do acórdão de apelação (fl. 27):

"(...)

Inatendível, ainda, a pretensão de afastamento da qualificadora, pois sabe-se à saciedade que 'É legal a aplicação da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma, embora esta não tenha sido apreendida, quando outros elementos de prova demonstrem sua utilização'. Precedente dessa Egrégia Corte (Edcl no HC n.º 30.463/SP e HC n.º 34.540/SP).

(...)"

Entendo que a necessidade de apreensão e de perícia da arma de fogo no delito de roubo possui a mesma raiz hermenêutica que inspirou a revogação do enunciado n.º 174, da Súmula desta Corte.

Ora, referido enunciado que, anteriormente, autorizava a exasperação da pena quando do emprego de arma de brinquedo no roubo tinha como embasamento teoria de caráter subjetivo. Autorizava-se o aumento da pena em razão da maior intimidação que a imagem da arma de fogo causava na vítima.

Citado enunciado também foi questionado com o advento da Lei n.º 9.437/97,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que criou o delito de uso de arma de brinquedo para a prática de crimes, que deu azo a imputações acoimadas de *bis in idem*: roubo com emprego de arma e crime de uso de arma de brinquedo (revogado pela Lei n.º 10.826/2003).

No entanto, o fator preponderante que levou à alteração do norte jurisprudencial foi a modificação no critério, passou-se de um exame subjetivo para um objetivo. Então, em sintonia com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, imanente ao Direito Penal do fato, próprio do Estado Democrático de Direito, a tônica exegética passou a recair sobre a afetação do bem jurídico. Assim, reconheceu-se que o emprego de arma de brinquedo não representava maior risco para a integridade física da vítima; tão só gerava temor nesta, ou seja, revelava apenas fato ensejador da elementar "grave ameaça".

Do mesmo modo, não se pode incrementar a pena de forma desconectada da tutela do bem jurídico ao se enfrentar a hipótese em exame. Pontue-se:

I) Sem a apreensão, como seria possível dizer que a arma do paciente não era de brinquedo ou se encontrava desmuniada?

II) Sem a perícia, como seria possível dizer que a arma do paciente não estava danificada?

Logo, à luz do conceito fulcral de interpretação e aplicação do Direito Penal - o bem jurídico - não se pode majorar a pena pelo emprego de arma de fogo sem a apreensão e a realização de perícia para se determinar que o instrumento utilizado pelo paciente, de fato, era uma arma de fogo, circunstância apta a ensejar o maior rigor punitivo.

De acordo com o magistério de LUIZ REGIS PRADO:

"De qualquer forma, convém salientar que a arma de brinquedo é inidônea para determinar o aumento de pena, já que a *ratio essendi* da qualificadora está sedimentada na potencialidade lesiva e no perigo que a arma real causa, e não no maior temor infligido à vítima." (*Manual de direito penal*, São Paulo, RT, 2005, vol. 2, p. 443.)

E arremata:

"Na mesma linha, acolhe-se a manifestação da doutrina que pensa não ser possível caracterizar a majorante se a arma de fogo é inapta para produzir disparos; ou seja, se o meio utilizado é absolutamente inidôneo ao fim a que se destina, não há que se falar em *arma*, nos termos do inciso I." (*Op. cit.*, p. 444.)

O Eminentíssimo Ministro Nilson Naves, nos autos do HC n.º 36.182/SP, sobre o assunto, assim se manifestou:

"De minha parte, confesso que tenho dificuldade em dar por conhecida a qualificadora em causa. De um lado, porque arma alguma foi apreendida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parecendo-me de pouca prova ou de prova jamais tão valiosa assim a palavra da vítima, simplesmente. Simplesmente e simplesmente, porque aos autos não veio, concretamente, outra prova. Além disso, não sei como se pode reconhecer o emprego de algo de que não se tem notícia. A mim se me afigura que a qualificadora supõe a apreensão da arma. De outro lado, o ônus da prova não é da defesa, e sim da acusação. Em sua dialética, o processo penal supõe seja do Ministério Público o ônus de toda prova de sua proposta de acusação, aí figurando o ônus de provar a qualificadora – no presente caso, o emprego de arma e, ao que eu entendo, a sua eficácia. Ora, arma sem eficácia não é arma, seria como um canivete ao qual faltassem a lâmina movediça e o cabo. As coisas são o que são, sob pena de abstração da sua realidade. Quando vagamos, a realidade não nos acompanha, e isso não é bom para a dogmática penal. Arma há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida." (HC 36.182/SP, Rel. Min. NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 16.12.2004, DJ 21.03.2005 p. 444.)

Não é diferente o posicionamento da 6ª Turma deste Sodalício, conforme se depreende dos seguintes julgados:

"PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE.

1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I, do § 2.º, do art. 157, do Código Penal, tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula n. 174, deste Sodalício.

2. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física.

3. Ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento.

4. Ordem concedida. (com voto vencido)." (HC 100.906/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15.04.2008, DJ 09.06.2008 p. 1.)

"DECISÃO PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. NECESSIDADE DE APREENSÃO OU PERÍCIA.

1. Com a ressalva do ponto de vista do relator, a Sexta Turma desta Corte, modificando entendimento anterior, firmou a compreensão de que, para a caracterização da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, faz-se necessário que a arma de fogo seja apreendida e periciada.

2. Recurso especial a que se nega seguimento." (REsp 1.057.321/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, DJ 27.06.2008.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, por entender tratar-se o emprego de arma de fogo de circunstância objetiva, é imperiosa a aferição da indenidade do mecanismo lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e consequente elaboração do exame pericial.

Dessarte, passo a fixação da pena. Mantenho a pena-base aplicada pelo Juízo de origem, a saber, 5 (cinco) anos de reclusão, mais 12 (doze) dias-multa. Reconhecida a atenuante da menoridade, reduzo a reprimenda para o mínimo legal, estabelecendo-a em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. Afastada a causa de aumento relativa ao uso da arma de fogo, mantenho o *quantum* no mesmo patamar. Estipulo o regime inicial aberto para o início do cumprimento da pena.

Ante o exposto, **concedo** a ordem para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal e, **de ofício**, reconhecer a incidência da atenuante da menoridade, diminuindo a pena privativa de liberdade para 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e a multa para 10 (dez) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2007/0099069-2

HC 82.282 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3202004 50040105334 8796493

EM MESA

JULGADO: 05/08/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RHAYSSA CASTRO SANCHES RODRIGUES - PROCURADORIA DA
ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSIMAR BEZERRA DA SILVA MORAIS

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, inclusive de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 05 de agosto de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário