



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.511 - MS (2010/0033424-8)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : CACILDA KIMIKO NAKASHIMA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : RAFAEL DA SILVA CAMARGO

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME INERENTES AO TIPO PENAL. *BIS IN IDEM*. AUSÊNCIA DE PERÍCIA E APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. EMPREGO DO ARTEFATO RECONHECIDO PELO RÉU E PELA VÍTIMA. PREPONDERÂNCIA DA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ARTIGO 67 DO CP. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I. No que se refere às circunstâncias do crime, os autos não revelam qualquer dado que permita concluir pela maior gravidade da conduta atribuída ao réu, já que a dinâmica do delito, que teria sido praticado mediante o emprego de arma de fogo, denota aspectos inerentes ao tipo penal previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

II. Nos termos do asseverado na sentença recorrida, infere-se motivação idônea para o reconhecimento da personalidade voltada para a prática criminosa, considerando-se a reiteração da prática de delitos, especialmente contra o patrimônio, com diversas condenações passadas em julgado.

III. A existência de duas condenações transitadas em julgado em desfavor do agente permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em decorrência dos maus antecedentes do réu, e o reconhecimento da agravante da reincidência, sem que se vislumbre a ocorrência de *bis in idem*.

IV. Não obstante a ausência de apreensão e de perícia na arma de fogo, observou-se a existência de um conjunto probatório que permitiu ao julgador formar convicção no sentido da efetiva utilização de arma de fogo pelo réu, devendo ser mantida a qualificadora descrita no inciso I do § 1º do art. 157 do Código Penal.

V. A jurisprudência desta Turma consolidou-se no sentido que de a reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, não sendo admissível a compensação vindicada pelo impetrante.

VI. Deve ser reformado acórdão recorrido e a sentença condenatória no tocante à dosimetria da pena-base, a fim de que outra seja procedida com nova motivação, afastando-se o fundamento utilizado relativo às circunstâncias do crime, mantendo-se, no mais, a condenação.

VII. Ordem concedida em parte, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.511 - MS (2010/0033424-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que negou provimento à apelação criminal interposta por RAFAEL DA SILVA CAMARGO.

O paciente foi condenado à pena de 08 (oito) anos e 07 (sete) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelo perante a Corte de origem, o qual restou desprovido, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS DE AUMENTO. PENA-BASE. PEDIDO DE REDUÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUMENTO JUSTIFICADO. PENA MANTIDA. ALEGADO BIS IN IDEM. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. RÉU QUE POSSUI DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. ALMEJADA PREPONDERÂNCIA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA SOBRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

A pena-base pode ser aplicada acima do mínimo legal quando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são desfavoráveis ao agente.

A consideração dos maus antecedentes na fixação da pena-base e a aplicação da agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria não caracterizam bis in idem, quando o réu possui várias condenações transitadas em julgado.

É pacífico que, havendo concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, aquela deve preponderar sobre esta, conforme determina o art. 67 do Código Penal" (fl. 336).

Daí a presente irresignação, na qual o impetrante sustenta ter sido a pena-base exasperada acima do mínimo legal sem motivação idônea, tendo o aumento sido embasado em circunstâncias inerentes ao tipo penal imputado ao paciente.

Ademais, afirma inexistir nos autos qualquer dado apto a demonstrar que o réu possui personalidade voltada para a prática de crimes, permitindo, assim, a fixação da pena-base muito acima do mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange à reincidência, assevera que tal agravante deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea.

Demais disso, aduz que a agravante do emprego de arma de fogo não pode ser reconhecida, por não ter sido realizada a apreensão e o exame pericial do artefato supostamente utilizado no crime.

Informações prestadas às fls. 77/92 e 110/113.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem, tão somente para que seja reconhecida a possibilidade de compensação da agravante da reincidência com a atenuante relativa à confissão espontânea (fls. 96/103).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.511 - MS (2010/0033424-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que negou provimento à apelação criminal interposta por RAFAEL DA SILVA CAMARGO.

O paciente foi condenado à pena de 08 (oito) anos e 07 (sete) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelo perante a Corte de origem, o qual restou desprovido(fl. 336).

Daí a presente irresignação, na qual o impetrante sustenta ter sido a pena-base exasperada acima do mínimo legal sem motivação idônea, tendo o aumento sido embasado em circunstâncias inerentes ao tipo penal imputado ao paciente.

Ademais, afirma inexistir nos autos qualquer dado apto a demonstrar que o réu possui personalidade voltada para a prática de crimes, permitindo, assim, a fixação da pena-base muito acima do mínimo legal.

No que tange à reincidência, assevera que tal agravante deveria ser compensada com a atenuante da confissão espontânea.

Demais disso, aduz que a agravante do emprego de arma de fogo não pode ser reconhecida, por não ter sido realizada a apreensão e o exame pericial do artefato supostamente utilizado no crime.

Passo à análise da irresignação.

O Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, no bojo da sentença condenatória, asseverou:

"(...) Analisadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, merecem destaque os antecedentes, em vista das certidões de fls. 145 e 172/174; a personalidade, porquanto não é a primeira vez que o réu responde criminalmente e, não obstante as ações penais instauradas, manteve-se à margem da sociedade e agora está sendo acusado de delinquir novamente, demonstrando personalidade voltada para o crime; e as circunstâncias, um vez que o crime foi praticado mediante o emprego de arma de fogo, que tem alto poder vulnerante e intimidativo, ficando quase que anulada totalmente a capacidade de resistência da vítima. Além do mais, tal circunstância, por si só,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é tipificada como crime, nos moldes da Lei nº 10.826/03. Com efeito, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multas.

Concorrendo a circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, qual seja a reincidência, que prepondera sobre a confissão espontânea do agente, nos termos do artigo 67 do mesmo estatuto, agravo a pena em 1/12 (um doze avos), isto é, em 6 (seis) meses de reclusão e 1 (um) dia-multa, fixando-a em 6 (seis) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.

Em face das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, majoro a pena em 3/8 (três oitavos), isto é, em 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias de reclusão e 22 (vinte e dois) dias-multa, à míngua de outras causas que a modifique" (fls. 111/112).

A Corte estadual, por seu turno, à unanimidade de votos, manteve a sentença condenatória por seus próprios fundamentos. Transcrevo os seguintes trechos do aresto retrocitado:

"(...) Pelo que se pode observar, o réu possui antecedentes, inclusive condenações transitadas em julgado. Sua personalidade é totalmente voltada para a prática de delitos, conforme se denota das certidões de f. 145-6 e 170-5. As circunstâncias do crime lhe são prejudiciais, uma vez que praticado mediante grave ameaça com arma de fogo, o que anula a capacidade de resistência da vítima.

(...) Da mesma forma, quanto ao alegado bis in idem, não merece provimento o recurso.

Observa-se que o magistrado de instância singela exacerbou o quantum da pena-base, considerando, entre outras circunstâncias judiciais, os maus antecedentes, e, na segunda fase da dosimetria, agravou a reprimenda pela reincidência.

E, conforme se verifica das folhas de antecedentes criminais (f. 172), há pluralidade de condenações transitadas em julgado em desfavor do paciente, uma delas por tentativa de homicídio e outra por furto qualificado.

Dessa maneira, não há que falar em bis in idem, de modo que uma serviu como circunstância agravante (reincidência) e a outra como maus antecedentes.

Por fim, com melhor sorte não conta o apelante quanto à pretensão de ver reconhecida a preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante de reincidência.

Ressalta-se que o artigo 67 do Código Penal expressamente dispõe que as agravantes que resultarem de motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência, devem preponderar em eventual concurso de agravantes e atenuantes" (fls. 82/83).

Inicialmente, faz-se mister consignar que a majoração da pena-base não prescinde de fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese dos autos, verifica-se que o julgador singular, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, reconheceu como desfavoráveis ao réu a sua personalidade, os seus maus antecedentes, bem como as circunstâncias do crime, que teria sido cometido mediante o emprego de arma de fogo.

No que tange aos maus antecedentes, a existência de duas condenações transitadas em julgado em desfavor do agente, nos termos do consignado pelas instâncias ordinárias, permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em decorrência dos maus antecedentes do réu, e o reconhecimento da agravante da reincidência, sem que se vislumbre a ocorrência de *bis in idem*.

Todavia, no que se refere às circunstâncias do crime, os autos não revelam qualquer dado que permita concluir pela maior gravidade da conduta atribuída ao réu. Com efeito, a dinâmica do delito, que teria sido praticado mediante o emprego de arma de fogo, denota aspectos inerentes ao tipo penal previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Demais disso, no tocante à personalidade do agente, o impetrante alega que os autos não dispõem de informações aptas a permitir a valoração negativa de tal circunstância. Contudo, nos termos do asseverado na sentença recorrida, infere-se motivação idônea para o reconhecimento da personalidade voltada para a prática criminosa, considerando-se a reiteração da prática de delitos, especialmente contra o patrimônio, com diversas condenações passadas em julgado.

Nesse contexto, embora a dosimetria da reprimenda mereça reparação, no que tange à exasperação da pena-base, não se pode fixar a pena-base no mínimo legal.

No que tange ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, não obstante a ausência de apreensão e de perícia na arma de fogo, observou-se a existência de um conjunto probatório que permitiu ao julgador formar convicção no sentido da efetiva utilização de arma de fogo pelo réu, devendo ser mantida a qualificadora descrita no inciso I do § 1º do art. 157 do Código Penal.

Na sentença condenatória, o Juízo processante asseverou:

"(...) Interrogado em ambas as fases procedimentais, o réu Rafael confessou a autoria do roubo narrado na denúncia, não havendo nenhuma prova de demonstre a inveracidade de seus depoimentos.

(...)

Tendo em vista que a confissão do réu vai ao encontro das demais provas coligidas no processo, a condenação é medida que se impõe.

Da mesma forma, deve também incidir a majorante relativa ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emprego de arma de fogo, pois o réu confessou que utilizou um revólver para subjugar as vítimas' (fl. 112).

Os depoimentos prestados, de igual modo, relatam a utilização de revólver pelo ora paciente. Cumpre transcrever o seguinte trecho da exordial acusatória:

"Quanto à prova testemunhal, a testemunha Luiz Carlos Crestani, em juízo, às fls. 249, confirmou suas declarações prestadas perante a autoridade policial, às fls. 15/16, oportunidade:

"...que os dois homens estavam portando apenas uma arma, ou seja, um revólver de cano curto (...) "- fl. 29.

Deveras, o Plenário da Suprema Corte firmou 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, § 2º, inciso I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime (HC 96.099/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 05/06/2009.)

No mesmo sentido, o seguinte precedente desta Turma:

No que se refere ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, **HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 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. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL.**

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 Col. Excelso Pretório.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis e, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva"

(HC 162033/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 11/10/2010).

Nesse contexto, deve ser mantida a incidência da majorante do emprego de arma de fogo no presente caso, já que o seu reconhecimento baseou-se no depoimento da vítima, bem como na confissão do ora paciente.

De outro lado, a jurisprudência desta Turma consolidou-se no sentido que de a reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, não sendo admissível a compensação vindicada pelo impetrante.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 138965/MS, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 13/09/2010).

Nesse contexto, deve ser reformado acórdão recorrido e a sentença condenatória no tocante à dosimetria da pena-base, a fim de que outra seja procedida com nova motivação, afastando-se o fundamento utilizado relativo às circunstâncias do crime, mantendo-se, no mais, a condenação.

Ante o exposto, concedo a ordem em parte, nos termos dos fundamentação acima deduzida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0033424-8

HC 163.511 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1070491144 20080280602

EM MESA

JULGADO: 15/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : CACILDA KIMIKO NAKASHIMA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : RAFAEL DA SILVA CAMARGO

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Brasília, 15 de fevereiro de 2011

LAURO ROCHA REIS
Secretário