



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 161.804 - MS (2010/0022977-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : SAMUEL BATISTA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO QUADRUPLAMENTE AGRAVADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAQUELA PRÓPRIA DO TIPO. INVIABILIDADE. PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONDUTA SOCIAL. OCIOSIDADE. MOTIVO INIDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. PERMANÊNCIA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. INVIABILIDADE DE FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO.

1. Mostra-se inviável considerar como desfavoráveis ao paciente circunstâncias inerentes à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

2. Não tendo o juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavoráveis ao condenado a personalidade e as consequências do delito, de rigor a redução da pena-base nesse ponto.

3. O fato de o réu não trabalhar, por si só, não evidencia a negatividade da circunstância judicial da conduta social, tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio e não algo tencionado.

4. As circunstâncias do crime justificam maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, por demonstrarem a maior periculosidade dos agentes, dentre eles o paciente.

5. Remanescendo circunstâncias judiciais negativas, no caso as consequências do delito, devidamente justificadas na sentença, não há como fixar a sanção básica em seu mínimo.

ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO REVÓLVER. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA DO ARMAMENTO. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Precedentes do STF.
2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.
3. Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.
4. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir a reprimenda-base imposta ao paciente, tornando a sua sanção definitiva em 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 1º de junho de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 161.804 - MS (2010/0022977-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : SAMUEL BATISTA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de SAMUEL BATISTA DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 2009.033055-3, lá interposta pela Defesa, negou-lhe provimento, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, II, IV e V, do CP.

A impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que a pena-base do paciente foi fixada acima do mínimo legalmente previsto sem que tivessem sido apontados elementos concretos que justificassem a elevação, ressaltando que teriam sido utilizadas circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal infringido, o que defende ser indevido.

Sustenta que, para incidir a causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, seria necessária a apreensão e perícia da arma de fogo para atestar a sua potencialidade lesiva, o que não ocorreu.

Requer a concessão da ordem a fim de seja corrigida a reprimenda imposta ao paciente, bem como seja afastada a causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, reduzindo-se a pena que lhe foi irrogada.

O Tribunal impetrado prestou informações às fls. e-STJ 141-170.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial do *habeas corpus*, tão somente para reduzir a pena-base do paciente para 5 (cinco) anos de reclusão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 161.804 - MS (2010/0022977-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre esclarecer que, no que pertine à alegada ilegalidade na aplicação da pena, *"este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu"*, sendo inclusive orientação pacificada que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu"* (HC n.º 77.964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21-2-2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

No caso em análise, verifica-se que o paciente foi condenado à reprimenda de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I, II, IV e V, do CP.

Para melhor análise da questão *sub examine*, cumpre destacar o trecho de sentença condenatória em que o juiz singular fixou a reprimenda-base do paciente, *verbis*:

"Altamente reprovável a conduta dos réus, visto que o crime de roubo é daqueles que mais causa traumas nas vítimas que são humilhadas, gera sensação de insegurança na população. Culpável a ação, pois, podendo agir de outro modo, não o fizeram. [...]. Samuel não é primário. A conduta social de ambos não é boa, visto que eles estão a viver à margem da sociedade, não trabalham, vivem na ociosidade."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Personalidade com propensão a praticar crimes. Motivos normais para a espécie delitiva. Circunstâncias lhes prejudicam. Consequências de certa gravidade. Comportamento da vítima irrelevante. Diante de tais circunstâncias, fixo [...] para o réu Samuel a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa." (e-STJ fl. 37)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a sanção-base fixada ao paciente, aduzindo, para tanto, *"que todas as circunstâncias judiciais foram corretamente analisadas na sentença, embora sucintamente, pois não se verifica nenhum tipo de contrariedade, bem como houve suficiente fundamentação no 'decisum'", tendo destacado que, "existindo circunstâncias desfavoráveis, ainda que em menor número que as favoráveis, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal, não em 'quantum' demasiadamente elevado, mas o suficiente para a reprovação da conduta e punição do agente"* (e-STJ fl. 127).

Insta destacar que, no que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e sim, vinculada, devendo guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a reprimenda básica conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado.

No caso, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória, verifica-se que o magistrado singular, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavoráveis a culpabilidade, a personalidade, a conduta social, as circunstâncias e as consequências do delito.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu"*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

No caso, o juiz sentenciante considerou presente a culpabilidade, ao argumento de que a conduta do paciente foi "*altamente reprovável*", tendo em vista que "*o crime de roubo é daqueles que mais causa traumas nas vítimas que são humilhadas, gera sensação de insegurança na população*", e também porque, "*podendo de agir de outro modo, não o fez*" (e-STJ fl. 37), o que não constitui fundamento idôneo a autorizar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, vez que a culpabilidade aferida pelo magistrado foi aquela em sentido estrito - elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida -, e não a no sentido lato, como sendo a reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta criminosa praticada.

Veja-se, a propósito, o seguinte julgado da Sexta Turma deste Sodalício:

"[...]

A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão-somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato.

Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no artigo 59 do Código Penal." (HC n.º 107.795/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16-12-2008, DJe 2-3-2009)

Segundo precedente da Quinta Turma deste Sodalício, "*a personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito*" (HC n.º 50.331/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17-5-2007, DJ 6-8-2007), e, ao prosseguir na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, o juiz de primeiro grau afirmou que o paciente possui "*personalidade com propensão a praticar crimes*" e que as consequências do delito são "*de certa gravidade*" (e-STJ fl. 37), elementos que, segundo a orientação da Quinta Turma deste Sodalício, não constituem argumentação idônea a ensejar maior apenação do acusado, eis que se trata de fundamentos baseados em referências vagas, não tendo sido especificado o porquê das conclusões, especialmente em se considerando que, no tocante às consequências, houve a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recuperação do bem objeto da subtração - o automóvel Ford/Fiesta Sedan Flex pertencente à vítima (e-STJ fls. 154).

A propósito, confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PORTE DE ARMA. WRIT ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO JÁ JULGADA PELA CORTE A QUO. JURISDIÇÃO ORDINÁRIA FINDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONHECIMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE REVISÃO DO REGIME PRISIONAL IMPOSTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal com fundamento em referências vagas sobre a personalidade e a conduta social do réu, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que as justifiquem, bem como em elementares comuns ao tipo e em maus antecedentes que não restaram devidamente comprovados nos autos.

5. Recurso desprovido. Habeas corpus concedido de ofício para, mantida a condenação, anular o acórdão de apelação e a sentença condenatória na parte relativa à individualização da pena e determinar a adequação e a proporcionalidade da imposição da pena-base, à luz das circunstâncias judiciais desfavoráveis sobejamente reconhecidas nas instâncias ordinárias. (RHC n.º 25.566/MS, Rel. Laurita Vaz, julgado em 21-5-2009, DJe 15-6-2009). (Grifos próprios)

Na sequência, o juiz singular afirmou que a conduta social do paciente "*não é boa, visto que ele está a viver à margem da sociedade, não trabalha, vive na ociosidade*" (e-STJ fl. 37), o que não justifica maior apenação na primeira etapa de fixação da reprimenda, tendo em vista que, segundo recente julgado da Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, "*a falta de emprego, no contexto social vivido, não revela circunstância judicial, mas infortúnio amargado por significativa parcela da sociedade*" (HC n.º 74.034/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16-3-2010, DJe 5-4-2010, p. 4).

Ademais, consoante a jurisprudência deste Superior Tribunal, "*a conduta*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

social do agente liga-se, evidentemente, ao comportamento do agente no interior do grupo social a que pertence - família, vizinhança, escola, trabalho etc -, destacando-se suas relações intersubjetivas, bem como - e principalmente - a imagem formada por sua personalidade e sua projeção nesses grupos" (HC n.º 114.528/MS, QUINTA TURMA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 3-2-2009, DJe 9-3-2009), de maneira que o fato não ter trabalho, por si só, não se presta a demonstrar a negatividade da circunstância judicial da conduta social, a justificar maior exasperação punitiva na primeira fase da dosimetria, visto que, diante da realidade social brasileira, é infortúnio da maior parte da população e não algo tencionado.

Por fim, o juiz sentenciante considerou que as "*circunstâncias lhe prejudicam*" (e-STJ fl. 37), assim entendidas as circunstâncias em que foi cometido o ilícito, o que pode ser depreendido da dinâmica dos fatos narrados na sentença condenatória:

Apurou-se que as vítimas [...] estavam em sua residência [...] e se preparavam para saírem.

No momento em que a vítima F. saía do quarto, foi rendido pelos denunciados, que estavam de posse de uma arma de fogo e, em seguida, seguiram para a sala da residência, onde renderam a vítima C. Ao abordarem F., um dos denunciados deu-lhe um soco na boca.

Consta que os denunciados subtraíram a quantia de R\$ 85,00 e algumas roupas das vítimas, afirmando que também levariam o veículo acima descrito.

Ato contínuo, os denunciados obrigaram as vítimas a entrarem no referido automóvel e, mantendo-as em seu poder, restringindo-lhes a liberdade, rumaram para a cidade de Salto Del Guairá, Paraguai, sendo que, durante todo o trajeto, as vítimas foram ameaçadas de morte, eis que o denunciado Hildemar disse que era conhecido de Fabiano.

Ao chegarem a referida cidade, os denunciados libertaram as vítimas próximo a um milharal, dando-lhes a quantia de R\$ 10,00." (e-STJ fl. 30)

Ensina a doutrina que "*as circunstâncias podem dizer respeito, por exemplo, à duração do tempo do delito, que pode demonstrar maior determinação do criminoso, ao local do crime, que pode indicar a maior periculosidade do agente; à atitude de frieza, insensibilidade do agente durante ou após a prática da conduta criminosa.*" (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1.* Saraiva: 2007. p. 444).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por essas razões, verifica-se que as circunstâncias do delito justificam maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, sobretudo em razão da violência física - soco em uma das vítimas - e psicológica - ameaças de morte constantes contra os ofendidos durante todo o trajeto até o Paraguai - ocorrida durante a execução do delito, o que demonstra a maior periculosidade dos agentes, dentre eles o paciente, e ainda em razão de terem os autores restringido a liberdade das vítimas até outro país, onde as deixaram próximo a um milharal, o que, à toda evidência, traduz a desfavorabilidade dessa circunstância judicial.

Dessa forma, verificado que o decreto condenatório carece somente em parte de motivação apta a justificar a fixação da pena-base no patamar aplicado, e tendo sido reconhecida a existência de apenas 1 (uma) circunstância judicial desfavorável - circunstâncias do delito -, merece ser reformado nesse ponto, aplicando-se a sanção-base do paciente em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda etapa de fixação da pena, mantém-se o aumento de 2 (dois) anos de reclusão operado em razão do reconhecimento da agravante genérica da reincidência e, totalizando a sanção, nessa etapa, em 7 (sete) anos e (seis) meses de reclusão.

No tocante à almejada exclusão da causa de especial aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, ao argumento de que seria necessária a apreensão e perícia da arma de fogo para atestar a sua potencialidade lesiva, cumpre destacar que a questão referente ao afastamento da referida majorante do roubo, quando a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, ainda não se encontra pacificada neste Superior Tribunal de Justiça.

Certo que a razão inspiradora da inicial mudança jurisprudencial, sentida especialmente na Sexta Turma deste Tribunal Superior, cujos fundamentos este Relator vinha acompanhando, foi, sem dúvida, o critério objetivo de interpretação segundo o qual o que agravaria o delito de roubo não seria a capacidade intimidatória do instrumento ofensivo empregado na prática delitiva - no caso a arma de fogo - mas sim o seu maior poder de ataque ou de vulneração ao bem jurídico protegido pela lei penal.

E isto porque a utilização de revólver sem potencialidade lesiva, como é o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso de arma de brinquedo, por exemplo, prestaria-se tão-somente à caracterização da elementar da grave ameaça empregada contra as vítimas, com o intuito de intimidá-las, necessária à configuração do delito de roubo na sua forma simples, e que o diferencia do crime de furto, e, não havendo comprovação de que o instrumento seria apto a lesar a integridade física dos ofendidos, configurando-lhe perigo real, o que não ocorre nas hipóteses de mera imitação ou em que não há prova, pela necessária perícia ou por outros elementos probatórios, de seu poder lesivo, devida seria a exclusão da referida majorante.

Adotando essa posição, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, quando do julgamento do REsp n.º 213.054/SP, ocorrido em 24-10-2001, houve por bem cancelar o enunciado sumular n.º 174, que permitia o aumento de pena quando utilizada arma de brinquedo na prática do roubo, exatamente porque desprovida de qualquer poder vulnerante. Levou-se em conta que tanto a arma de brinquedo quanto a desmuniada, porque inaptas ao ataque mais gravoso, não se prestariam à configuração e incidência da causa de especial aumento do inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Veja-se a ementa do referido julgado:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I, § 2º, DO ART. 157, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA Nº 174/STJ. CANCELAMENTO.

"O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do ne bis in idem, e da proporcionalidade da pena.

"Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.

"Cancelamento da Súm. 174-STJ.

"Recurso conhecido mas desprovido" (REsp n. 213.054/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24-10-2002, DJU de 11-11-2002).

Esclarecidos esses pontos, verifica-se que, no caso, a decisão de primeiro grau está assim fundamentada, quanto ao reconhecimento da incidência da agravadora em questão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto às qualificadoras, devem ser reconhecidas. As vítimas informaram e Hildemar confirmou a utilização de uma arma de fogo, agiram os dois em concurso de pessoas; subtraíram um veículo automotor que levaram para o Paraguai onde foi recuperado; mantiveram as vítimas em seu poder, restringindo sua liberdade pois as levaram até o Paraguai, deixando-as naquele país. Portanto, o crime é de roubo quadruplamente qualificado. (e-STJ fl. 36)

A autoridade impetrada, por seu turno, manteve a aplicação da majorante em questão, consignando que:

Com relação à exclusão da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I, do CP), aduzindo que a majorante deve ser excluída do cômputo da pena, tendo em vista que a arma não teria sido apreendida, não podendo ser atestado, por intermédio de laudo pericial, sua eficiência e potencialidade lesiva.

Deve-se observar que a incidência desta causa de aumento tem sido objeto de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial. Isso fez com que inclusive o Supremo Tribunal Federal afetasse a questão ao Plenário, recentemente, a fim de uniformizar o tratamento da matéria.

[...]

Este precedente é de extrema importância por evidenciar o entendimento do Pretório Excelso sobre duas questões nodais. Primeiro, a incidência da majorante depende de demonstração da potencialidade lesiva da arma. Segundo, a potencialidade lesiva pode ser demonstrada por outros meios de prova que não a perícia, portanto, independe de apreensão de arma.

A primeira questão é importante para solucionar o conflito existente acerca do critério de aplicação da causa de aumento pelo emprego de arma de fogo: se critério objetivo (pela potencialidade lesiva do artefato) ou o critério subjetivo [...].

De forma clara, o STF decidiu que deve ser adotado o critério objetivo, portanto, arma de brinquedo ou inaptas para a produção de disparo não dão ensejo à qualificadora.

A segunda questão é referente ao meio de comprovação desta potencialidade lesiva. Neste ponto, a Suprema Corte foi clara em dizer que a lesividade da arma encontra-se 'in re ipsa', portanto, cabe ao réu demonstrar sua inocorrência.

Isso permite a incidência da causa de aumento, mesmo nos casos em que não ocorrer apreensão e perícia. [...].

Assim sendo, cabe ao órgão acusador a comprovação do emprego da arma ou de simulacro, e não de sua lesividade. A inaptidão para produção de disparos e, conseqüentemente, inexistência de potencialidade lesiva é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ônus que incumbe ao réu.

Esta explicação é importante porque, no caso em tela, não há comprovação da inexistência de potencialidade lesiva. Assim, não há que se falar em exclusão da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo, porquanto sobejamente demonstrada pelo conjunto probatório a sua utilização no ilícito penal. (e-STJ fls. 129-130)

Nesse contexto, e verificando que na hipótese em exame as instâncias ordinárias apoiaram-se no relato das vítimas e do corréu para comprovar a utilização de arma de fogo no delito perpetrado, não se pode dizer que incorreram em constrangimento ilegal.

Com efeito, de acordo com posicionamento firmado pela maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 96.099//RS, ocorrido em 19-2-2009, relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu o Pleno, segundo notícia trazida no Informativo n.º 536 da Corte Suprema, que:

"Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não se exige que a arma de fogo seja periciada ou apreendida, desde que, por outros meios de prova, reste demonstrado o seu potencial lesivo. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu habeas corpus, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, impetrado contra decisão do STJ que entendera desnecessária a apreensão de arma de fogo e sua perícia para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo. No caso, a Defensoria Pública da União sustentava constrangimento ilegal, consistente na incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP — violência ou ameaça exercida com o emprego de arma de fogo —, sem que verificado o potencial lesivo do revólver. Assentou-se que, se por qualquer meio de prova — em especial pela palavra da vítima, como no caso, ou pelo depoimento de testemunha presencial — ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena. Ressaltou-se que, 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 evidência, nos termos do art. 156 do CPP, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Aduziu-se não ser razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego ficar evidenciado por outros meios de prova, mormente quando esta desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

após a prática de delitos dessa natureza.

"[...]".

"Enfatizou-se, ademais, que a arma de fogo, mesmo que, eventualmente, não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves contra vítimas inermes. Ressaltou-se, também, que a hipótese não guardaria nenhuma correspondência com o roubo perpetrado com o emprego de arma de brinquedo — exemplo frequentemente invocado pelos que defendem a necessidade de perícia para caracterização da forma qualificada do delito —, em que o tipo penal fica circunscrito àquele capitulado no caput do art. 157 do CP, porquanto a ameaça contra a vítima restringe-se apenas ao plano psicológico, diante da impossibilidade de que lhe sobrevenha qualquer mal físico. Concluiu-se que exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, que concediam a ordem, para revogar a qualificadora mencionada, ao fundamento de que ela só poderia ser aplicada nos casos em que demonstrada a lesividade potencial da arma, porque a intimidação, a violência e a grave ameaça já fazem parte do tipo penal. Afirmavam que, em caso de dúvida, como na espécie, por não se saber se a arma tinha ou não real capacidade ofensiva, a presunção não poderia correr contra o réu, seja por força do princípio do favor rei, seja em razão do princípio do ônus da prova que, em matéria penal, recai sempre sobre a acusação. A Min. Cármen Lúcia, não obstante reconhecendo ser elementar do tipo a existência de um instrumento que possa de alguma forma constituir a gravidade que se contém nesse tipo penal, acompanhou o relator, neste caso, por reputar comprovada a lesividade do revólver, por outros meios de prova, independentemente da perícia."

O referido acórdão, publicado em 5-6-2009, está assim ementado:

"ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

"II - Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa.

"III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

"IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

"V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

"VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

"VII - Precedente do STF.

"VIII - Ordem indeferida".

Nesse mesmo sentido, também do Supremo Tribunal Federal, tem-se:

"ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA.

"I. Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

"II. Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa.

"III. A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

"IV. Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

"V. A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

"VI. Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

"VII. Precedente do STF.

"VIII. Ordem indeferida" (HC n. 93.353, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 4-11-2008).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ARMA. ELEMENTOS SUFICIENTES DE CONVICÇÃO. PRECEDENTE CITADO.

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

2. Ordem denegada" (HC n. 92.451, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 9-9-2008).

"ROUBO. USO DE ARMA DE FOGO (CP, ART. 157, § 2º, I).

"1. A qualificadora de uso de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I) independe da apreensão da arma, principalmente quando, como ocorreu nos autos, a arma foi levada pelos comparsas que conseguiram fugir.

"2. HC indeferido" (HC n. 84.032, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 13-4-2004).

Com as considerações trazidas pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda por motivos de política criminal, haja vista o crescente aumento da criminalidade violenta, especialmente nas capitais e grandes cidades do país, revi o posicionamento que anteriormente vinha adotando, passando a entender que exigir-se a perícia nesses casos teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o revólver empregado na prática delituosa, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

E, verificando-se que no caso concreto a palavra das vítimas e o depoimento do corréu foram utilizados para atestar o uso efetivo de arma de fogo 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, pois além de comprovada pelos relatos mencionados, o poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, ou seja, sustente ausência de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar a vítima, provar tal evidência, nos termos do contido no art. 156 do CPP, o que, diga-se, não ocorreu.

Assim, mantém-se o aumento de 1/2 (metade) procedido na terceira fase da dosimetria, pela incidência de 4 (quatro) majorantes e em razão das circunstâncias fáticas já apontadas na sentença e no aresto impugnado, fica a pena do paciente definitiva em 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão, mantendo-se inalterada a pena de multa, fixada pelo togado singular em 10 (dez) dias-multa, ante a fim de não se incidir em *reformatio in pejus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem para reduzir a reprimenda-base imposta ao paciente, tornando a sua sanção definitiva em 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0022977-5 **[PROCESSO_ELETRONICO]** **HC 161804 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090133894 20090330553 29080028339

EM MESA

JULGADO: 01/06/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : SAMUEL BATISTA DA SILVA

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 Felix Fischer, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília, 01 de junho de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário