

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo regimental no agravo de instrumento - Penal - Roubo circunstanciado - Ausência de apreensão e perícia na arma de fogo - Dispensabilidade, quando existem outros elementos probatórios que levam a concluir pela sua efetiva utilização no crime - Precedentes desta colenda Turma e do Supremo Tribunal Federal - Recurso desprovido

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 § 2º 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. Recurso desprovido.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.096.679-MG - Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ

Agravante: Deivisson Lúcio Ramos. Advogada: Tatiana Siqueira Lemos - Defensora Pública da União. Agravante. Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2010 (data do julgamento). - *Ministra Laurita Vaz* - Relatora.

Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - Trata-se de agravo regimental interposto por Deivisson Lúcio Ramos, por intermédio da Defensoria Pública da União, contra decisão de minha lavra que negou provimento ao agravo de instrumento, assim ementada:

Agravo de instrumento. Penal. Aplicação da qualificadora de emprego de arma de fogo. Ausência de apreensão e perícia da arma. Outros elementos probatórios que levam a concluir pela sua efetiva utilização no crime. Possibilidade. Precedentes do STJ e do STF. Súmula nº 83 desta Corte. Recurso desprovido (f. 321).

Nas razões do regimental, o Agravante alega que

não se aplica ao caso o verbete da súmula 83 deste STJ. De fato, a orientação deste Tribunal ainda não se firmou no sentido da decisão recorrida, como se verifica de diversos julgados da E. 6ª Turma, inaugurados pelo julgamento do REsp nº 998.634/RS, de relatoria da Min^a Jane Silva (f. 328).

É o relatório.

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - Cumpre ressaltar, de início, que a matéria ora submetida à apreciação desta Corte - relativa à imprescindibilidade, ou não, da apreensão e perícia da arma para a configuração da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal - é questão controvertida na jurisprudência e doutrina pátrias, que enseja, inclusive, divergência entre as Turmas que compõem a Eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, também no âmbito do Col. Supremo Tribunal Federal, as decisões sobre a matéria não encontravam uniformidade, o que levou a Primeira Turma daquela Corte, em sessão do dia 03.2.2009, a afetar o julgamento do *Habeas Corpus* nº 96.099/RS ao Tribunal Pleno, sobrestando todos os feitos que tramitavam no colegiado em igual situação.

Em sessão do dia 19.2.2009, o Plenário da Suprema Corte indeferiu a ordem postulada no mencionado *writ*, firmando 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*.

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

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. (STF, HC 96.099/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 5.6.2009.)

Confiram-se, ainda, no mesmo sentido, os recentes julgados de ambas as Turmas que compõem o Excelso Pretório, *in verbis* :

Habeas Corpus. Roubo. Concurso de atenuantes e agravantes. Arma não apreendida e não periciada. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Ordem denegada.

1. A questão de direito tratada nos autos deste *habeas corpus* diz respeito à possível exclusão da causa especial de aumento de pena decorrente do uso de arma de fogo, que não foi apreendida nem periciada, e à preponderância da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.

2. O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso, no roubo, por outros meios de prova.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se exclui a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal por falta de apreensão da arma, quando comprovado o seu uso por outro meio de prova. Precedentes.

4. Corretas as razões do parecer da Procuradoria-Geral da República ao concluir que o art. 67 do Código Penal é claro 'ao dispor sobre a preponderância da reincidência sobre outras circunstâncias, dentre as quais enquadra-se a confissão espontânea. Afinal, a confissão não está associada aos motivos determinantes do crime, e - por diferir em muito do arrependimento - também não está relacionada à personalidade do agente, tratando-se apenas de postura adotada pelo réu de acordo com a conveniência e estratégia para sua defesa'.

5. Não há ilegalidade quando a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea na aplicação da pena. Nestes termos, HC 71.094/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, unânime, DJ de 04.08.95.

6. *Habeas Corpus* denegado. (HC 99.446/MS, 2ª Turma, Rel.º Min.º Ellen Gracie, DJe de 11.9.2009.)

Habeas Corpus. Crimes contra o patrimônio. Roubo. Causa especial de aumento de pena. Emprego de arma de fogo. Arma não apreendida. Confissão judicial e declarações da vítima. Valor probante. Ordem denegada.

1. Na falta de apreensão da arma de fogo, mas comprovado o seu emprego por outros meios idôneos de prova, não há que se desclassificar o delito para roubo simples.

2. A incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP se explica pelo maior potencial de intimidação e consequente rendição da vítima, provocada pelo uso de arma de fogo. Precedentes.

Ordem denegada. (HC 98.227/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 07.8.2009.)

Habeas Corpus. Penal. Sentença penal condenatória. Crime do art. 157, § 2º, inciso I, do CP. Incidência da majorante em razão da arma de fogo. Precedentes.

1. Firmado nesta Corte Suprema o entendimento de que a incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão da arma.

2. *Habeas corpus* denegado. (HC 94.831/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJe de 21.8.2009.)

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 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 92.451/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.2.2009.)

A propósito, cumpre salientar que, 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. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma utilizada no crime, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento, prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar sua efetiva utilização no crime.

Por oportuno, trago à colação os seguintes julgados desta Quinta Turma:

Penal. *Habeas Corpus*. Roubo circunstanciado. Emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia. Prescindibilidade. Regime prisional mais rigoroso. Reiteração de outro *habeas corpus*. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

1. A jurisprudência da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto à prescindibilidade da apreensão da arma para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo (art. 157, § 2º, I, do Código Penal), quando outros elementos comprovem sua utilização.

2. A alegação de ausência de fundamentação a demonstrar a necessidade de regime prisional mais rigoroso resta prejudicada, uma vez que já apreciada pela Quinta Turma, em 29.9.09, no julgamento do HC 104.622/SP.

3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 116.104/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 3.11.2009; sem grifo no original.)

Habeas Corpus. Roubo duplamente circunstanciado. Dosimetria da pena. Pena-base acima do mínimo legal. Pena concretizada: 6 anos e 10 meses de reclusão, regime fechado. Utilização de arma de fogo. Desnecessidade de apreensão e perícia da arma para a aplicação da causa especial de aumento de pena. Precedentes do STJ e do STF. Ausência de fundamentação concreta para a majoração, em 3/8, da fração relativa às causas de aumento. Regime inicial fechado. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Parecer do MPF

pela denegação do writ. *Habeas Corpus* concedido em parte, tão só e apenas para que seja fixado no mínimo (1/3) o percentual referente à causa de aumento de pena do art. 157, § 2º. do CPB.

1. A apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no roubo são desnecessárias para configurar a causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. Precedentes do STJ e STF.

2. Justificada a elevação da pena-base em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes), não há qualquer ilegalidade no estabelecimento de regime prisional mais gravoso. Precedentes do STJ.

3. Segundo iterativa jurisprudência deste STJ, a presença de mais de uma circunstância de aumento da pena no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que sejam constatadas particularidades que indiquem a necessidade da exasperação.

4. No caso concreto, as instâncias ordinárias aumentaram a pena em 3/8, em razão, tão só, da existência de duas causas de aumento de pena, sem registrar qualquer excepcionalidade, o que contraria o entendimento desta Corte sobre a questão.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem parcialmente concedida, tão só e apenas para que seja fixado no mínimo (1/3) o percentual referente à causa de aumento de pena do art. 157, § 2º do CPB. (HC 131.162/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.9.2009; sem grifo no original.)

Habeas Corpus. Processual penal. Roubo circunstanciado. Pena-base acima do mínimo legal. Maus antecedentes. Processos em andamento e condenações sem trânsito em julgado. Ofensa ao princípio constitucional do estado presumido de inocência. Apreensão da arma de fogo para a majoração prevista no inc. I, § 2º, do art. 157, do Código Penal. Desnecessidade, desde que comprovado nos autos a sua efetiva utilização no crime, o que ocorreu na espécie. Inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Réu primário, de bons antecedentes. Regime inicial fechado para cumprimento da pena. Improriedade. Inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º do Código Penal.

1. É entendimento consolidado desta corte que inquéritos policiais ou ações penais em andamento, inclusive, sentença condenatória sem o trânsito em julgado, não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados para agravar a pena-base do condenado.

2. *Afigura-se 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, desde que existam nos autos, como é o caso ora em tela, outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime. Precedentes da Quinta Turma.*

3. Ademais, o Tribunal a quo, soberano na análise da matéria fático-probatória, afirmou, em sede de apelação, não existir qualquer dúvida do emprego da arma de fogo para o exercício da grave ameaça. Assim, afastar tal conclusão ensejaria, necessariamente, um aprofundado exame de prova, o que se afigura inviável na via estreita do writ.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade ge-

nérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas nº 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, retificar a dosimetria da pena aplicada ao Paciente, nos termos acima consignados, tornando a pena definitiva, em 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, mediante condições a serem fixadas pelo Juízo da Execuções Penais. (HC 92.665/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 8.9.2009; sem grifo no original.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Certidão

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

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.”

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de fevereiro de 2010. *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no DJ de 22.03.2010.)