



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 89.518 - SP (2007/0203366-1)**

RELATORA : **MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)**
IMPETRANTE : RODRIGO VIDAL NITRINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO CASTILHO PEREIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA REFERENTE AO USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE PERÍCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EFICÁCIA DA ARMA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. DECOTE DA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

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, decorre da revogação da Súmula n. 174, deste Sodalício.

2. Sem a apreensão e perícia na arma, nos casos em que não é possível aferir a sua eficácia por outros meios de prova, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física.

3. ORDEM CONCEDIDA.

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, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Fará declaração de voto o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Os Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 21 de fevereiro de 2008.(Data do Julgamento)

MINISTRA JANE SILVA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 89.518 - SP (2007/0203366-1)

RELATORA : MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)
IMPETRANTE : RODRIGO VIDAL NITRINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO CASTILHO PEREIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (Relator) :

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Rodrigo Vidal Nitrini, defensor público, em favor de FÁBIO CASTILHO PEREIRA, condenado a pena de seis anos e cinco meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de quinze dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo legal.

O impetrante requer o afastamento da qualificadora do emprego de arma, porque ela não foi apreendida e periciada.

Em primeira instância o paciente foi condenado ao quantitativo de pena acima mencionado, interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual não foi provido.

Contra o acórdão, interpôs o presente *writ*.

Não houve pedido liminar.

As informações foram devidamente prestadas pela autoridade apontada coatora, (fl. 35/36).

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela não concessão da ordem.

Os autos me foram atribuídos, (fl. 73).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 89.518 - SP (2007/0203366-1)

RELATORA : MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)
IMPETRANTE : RODRIGO VIDAL NITRINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO CASTILHO PEREIRA

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (Relator) :

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Rodrigo Vidal Nitrini, defensor público, em favor de FÁBIO CASTILHO PEREIRA, condenado em primeira instância a pena de seis anos e cinco meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de quinze dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo legal.

Interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual não foi provido.

Quanto ao afastamento da qualificadora do emprego de arma, ao argumento de que ela não foi apreendida e periciada entendo, agora, que lhe assiste razão.

Já espousei o entendimento majoritário na jurisprudência, segundo o qual, a palavra da vítima bastaria como prova para caracterizar a causa de aumento prevista no inciso I do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal.

Todavia, após vasta reflexão, mudei meu entendimento, passando a me filiar àquele que sustenta a necessidade de apreensão da arma com conseqüente perícia, para ser constatada a real periculosidade do objeto utilizado, o seu real potencial de ofensividade, desde que as testemunhas não consigam demonstrar em seus depoimentos que a arma era eficaz.

Vejo que o legislador pretendeu agravar a pena daquele que utiliza arma de fogo devido à possibilidade real que o uso de tal objeto pode acarretar à vítima e ao bem jurídico tutelado.

Para o fim de apenar aquele que subtrai coisa alheia móvel com o emprego de violência ou ameaça, existe a conduta descrita no *caput* do artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

157, delito de roubo; para apenar mais gravemente aquele que ameaça ou utiliza violência com emprego de arma de fogo o legislador criou a causa de aumento do inciso I do referido artigo, sendo necessário, nesse último caso, que fique comprovada a eficácia da arma usada, senão, não faria sentido a previsão legal diferenciada.

Se a arma não é apreendida e periciada nos casos em que não se pode aferir a sua eficácia, não há como a acusação provar que ela poderia lesionar mais severamente o bem jurídico tutelado, caso em que configura-se o crime de roubo, por inegável existência de ameaça, todavia, não se justifica a incidência da causa de aumento, que se presta a reprimir de forma mais gravosa àquele que atenta gravemente contra o bem jurídico protegido.

Vejo que nos casos em que não há apreensão, mas a vítima e demais testemunhas afirmam de forma coerente que houve disparo com a arma de fogo, especificamente nesse tipo de caso, não é necessária a apreensão e a perícia do objeto para constatar que a arma possuía potencialidade lesiva e não era de brinquedo, vez que sua eficácia mostra-se evidente.

Contudo, nos demais casos, sua apreensão é necessária. Isso decorre, como afirma a Ministra Maria Tereza de Assis Moura, da mesma raiz hermenêutica que inspirou a revogação da Súmula n. 174, desta Corte.

Ora, a referida Súmula 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.

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Segue nesse trilho a autorizada jurisprudência, *verbis*:

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. (HC 59350 – Rel. Min. Paulo Gallotti – DJ 25/05/07).

ROUBO. Figura qualificada (emprego de arma). Apreensão da arma. (não-ocorrência). Prova do emprego e da eficácia da arma (ausência). Ônus da prova (acusação). Regime de cumprimento da pena. Habeas corpus concedido.

1. Se a arma não foi apreendida, a palavra da vítima, por mais respeitada que seja, não é suficiente para se ter, exclusivamente com base nela, por caracterizada a qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, do Cód. Penal (posição do Relator vencida).
2. A qualificadora supõe a apreensão, até porque é recomendável seja a arma submetida a perícia. A arma há de ter eficácia, e, a esse respeito, o ônus da prova não é da defesa, e sim da acusação (posição do Relator vencida).
3. Segundo os votos vencedores, "é dispensável a apreensão da arma de fogo, se existem elementos outros, aptos a comprovar a efetiva utilização daquele instrumento" (HC-13.983, DJ de 20.11.00).
4. A gravidade do crime não justifica por si só a adoção de regime mais gravoso. Precedentes do STJ.
5. O condenado não-reincidente cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos deverá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.
6. Ordem de habeas corpus concedida em parte (vencido o Relator quanto à qualificadora). (HC 36182 – Rel. Min. Nilson Naves – DJ 21/03/05).

Assim, por entender que o emprego de arma de fogo trata-se de circunstância objetiva, é imperiosa a aferição da idoneidade do mecanismo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e conseqüente elaboração do exame pericial, nos casos em que a eficácia da arma não exsurge incontroversa por outros meios de prova.

Deixo de agir em *habeas corpus* de ofício para modificar o regime de cumprimento de pena imposto ao paciente, tendo em vista a sua reincidência.

Posto isto, concedo a ordem para decotar a causa de aumento de pena referente ao uso de arma de fogo, aplicando sobre a pena-base a majorante do concurso de pessoas em um terço.

Determino que o juízo da execução refaça o cálculo da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 89.518 - SP (2007/0203366-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Relativamente à arma – uso, emprego, apreensão, perícia, etc. –, venho votando da seguinte maneira (entre outros, HC-36.182, de 2005, e REsp-771.014, de 2006):

"De acordo com as notícias da sentença e do acórdão, a violência foi exercida com emprego de arma. Alega, no entanto, a Procuradoria-Geral do Estado 'que a arma supostamente utilizada para a prática do crime em apreço não foi apreendida para que fosse submetida a exame pericial e se constataste sua eficácia, bem como seu potencial lesivo'.

Disse a sentença que a qualificadora decorre 'da prova até aqui analisada, consubstanciada precipuamente na valiosa palavra da vítima'. Disse mais que a prova da ineficácia da arma é ônus do réu, 'não tendo ele feito prova em tal sentido'.

Por seu turno, o acórdão enfatizou o seguinte: (I) 'a apreensão da arma não é indispensável ao reconhecimento da qualificadora prevista no inciso I, do § 2º, do art. 157 do CP, que se demonstra também por outros meios de prova, já que a razão de ser da causa especial de aumento reside na intimidação da vítima, não na eficácia do instrumento'; (II) 'na espécie, a vítima referiu-se, desde o primeiro momento (fls. 08, 11, 58), ao emprego de arma pelo assaltante, não havendo motivo para duvidar de sua palavra'; e (III) 'para afastar a incidência da qualificadora reconhecida, cumpria à Defesa fazer prova da suposta ineficiência da arma empregada, pois partiu dela a alegação'.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Dou razão, portanto, à impetrante."

Pondo-me em conformidade com a Relatora, também eu, no pormenor, concedo a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 89.518 - SP (2007/0203366-1)

VOTO (VENCIDO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. NÃO-APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE. PROVA ORAL. ORDEM DENEGADA.

1. É desinfluyente para o reconhecimento da causa de aumento inserta no inciso I do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal a não-apreensão da arma de fogo se a prova oral certifica o seu emprego no roubo.
2. Admite a lei processual penal, ainda que se cuide de infração penal intranseunte, o exame de corpo de delito indireto e, havendo desaparecido os vestígios do crime, o suprimento da prova pericial pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigos 158 e 167).
3. Presume-se *juris tantum* a aptidão ofensiva da arma, sendo da parte que a nega o ônus da prova (Código de Processo Penal, artigo 156).
4. Ordem denegada.

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Senhor Presidente, a toda evidência, o poder vulnerante da arma de fogo informa a razão de ser da causa de aumento de pena em exame, a nosso ver, na dupla perspectiva da integridade física e da liberdade da vítima.

De qualquer modo, quando se queira insular a majorante da pena na sua dimensão puramente objetiva, ainda assim a apreensão da arma só será indispensável para o juízo positivo do aumento da resposta penal, se alegar a parte que à arma utilizada faltava potencialidade ofensiva, que lhe é essencial e presumível *juris tantum*, não se prestando a questão a debate abstrato, porque é matéria de prova e, certamente, o seu ônus não incumbe à Acusação Pública,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mas, sim, a quem faz a alegação.

É sabida a admissibilidade do exame de corpo de delito indireto e o seu suprimento pela prova testemunhal, tanto quanto ninguém duvida ser estranho o exame aprofundado das provas à via angusta do ***habeas corpus***.

Gize-se, em acréscimo, que a causa especial de aumento de pena tipificada na lei penal é a de emprego de arma e, não, emprego de arma apreendida.

Não é outra a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firme no sentido da dispensabilidade da apreensão da arma para a afirmação da majorante de pena inserta no inciso I do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal, em havendo prova outra que certifica o seu emprego no roubo.

Para certeza das coisas, confirmam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO. PRESCINDIBILIDADE. CONCURSO DE AGENTES. IDENTIDADE DE DESÍGNIOS CONFIGURADA. DUAS MAJORANTES. EXASPERAÇÃO DO AUMENTO DA PENA SEM FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. WRIT DENEGADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência 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. Demonstrada a identidade de desígnios, deve ser aplicada a causa de aumento de pena relativa ao concurso de agentes (art. 157, § 2º, II, do Código Penal).

3. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte, a presença de duas causas especiais de aumento da pena no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima da fração mínima.

4. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de majorantes para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, II) ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa (CP, art. 157, § 2º, I) –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e por número reduzido de agentes, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da duplicidade de majorantes.

5. In casu, o decreto condenatório não fundamentou o acréscimo da reprimenda em 3/8, motivo por que o percentual de aumento da pena pelas majorantes previstas no art. 157, § 2º, I e II, do CP deve ser fixado em apenas 1/3 (um terço).

6. Writ denegado.

7. Habeas corpus concedido de ofício para alterar o percentual de aumento de pena, em razão das majorantes de concurso de pessoas e uso de arma de fogo, de 3/8 para 1/3 e, em consequência, reduzir a reprimenda para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 (catorze) dias-multa." (HC nº 85.233/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, *in* DJ 22/10/2007 - nossos os grifos).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. NÃO APREENSÃO DA ARMA. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADA A SUA UTILIZAÇÃO POR OUTROS MEIOS. RÉU RECONHECIDAMENTE REINCENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. OBRIGATORIEDADE.

1. É dispensável a apreensão da arma de fogo para a caracterização da causa especial de aumento, prevista no § 2º, inciso I, do art. 157 do Código Penal, quando existentes outros elementos nos autos aptos a comprovar sua efetiva utilização no crime, como no caso.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reconhecidamente reincidente, condenado à pena superior a quatro anos. Inteligência do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, e da Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça.

4. Ordem denegada, com revogação da liminar anteriormente deferida." (HC nº 81.836/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in* DJ 8/10/2007 - nossos os grifos).

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ARMA NÃO APREENDIDA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. EMPREGO DE ARMA CARACTERIZADO POR OUTROS ELEMENTOS. ORDEM DENEGADA.

1. Não obstante a ausência de apreensão da arma de fogo empregada no iter criminis, o seu efetivo uso restou devidamente comprovado, com respaldo do conjunto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório produzido nos autos.

2. O entendimento firmado nas vias ordinárias encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta Corte, orientada no sentido de que a ausência de apreensão da arma e a conseqüente impossibilidade de realização de perícia não afastam a causa de aumento, se existem outros elementos nos autos a comprovar a efetiva utilização da arma.

3. *Ordem denegada.*" (HC nº 81.452/SP, Relatora Ministra Jane Silva, **in** DJ 1º/10/2007).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. RÉU REINCENTE. REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO EMPREGO DE ARMA.

I - Sendo o réu reincidente, e a pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial para a execução da pena de reclusão é o fechado. (Precedentes).

II - Na dicção da douta maioria, não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante. (Precedentes).

Writ denegado." (HC nº 77.879/SP, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ 1º/10/2007 - nossos os grifos).

"PENAL. PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO. ARMA DE FOGO. PERÍCIA. AUSÊNCIA. OUTROS MEIOS DE PROVA. ADMISSÃO. MAJORANTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

A caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (CP), prescinde da apreensão da arma de fogo ou da realização da perícia, caso existam nos autos provas suficientes do seu efetivo emprego.

Agravo regimental improvido." (AgRgREsp nº 755.612/RS, Relator Ministro Paulo Medina, in DJ 22/5/2006).

"HABEAS CORPUS. ROUBO. DIREITO PENAL. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO DA PROVA. INCABIMENTO. NÃO APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. IRRELEVÂNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INADEQUAÇÃO EM PARTE.

*1. A reapreciação do conjunto da prova, objetivando rever a justiça da condenação, à moda de segunda apelação, é de todo incabível na angusta via do **habeas corpus**.*

2. É desinfluyente para o reconhecimento da causa de aumento inserta no inciso I do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal a não apreensão da arma de fogo se a prova oral certifica o seu emprego no roubo.

*3. Constitui rematada violação do princípio **ne bis in idem**, que também informa o vigente direito penal e por cuja observância têm, mui acertadamente, zelado as nossas Cortes de Justiça, a dupla consideração dos antecedentes penais do réu na individualização da pena, como acontece quando se os invoca na etapa da consideração das circunstâncias judiciais, para, a seguir, exasperar a pena-base, por força da reincidência.*

4. Ao estabelecer o aumento de pena no roubo, deve o juiz considerar, não, a gravidade abstrata do delito, como sói acontecer quando se faz caso apenas quantitativamente das causas especiais, mas, sim, a sua gravidade concreta,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*para, desse modo, fixar o **quantum** de pena, na extensão do aumento, que vai de um mínimo a um máximo (Código Penal, artigo 157, parágrafo 2º).*

*5. A consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de pena, submetidas a regime alternativo, é expressão, em última análise, da responsabilidade penal objetiva, enquanto a qualitativa é própria do direito penal da culpa e atende aos imperativos da individualização da pena, permitindo, **ad exemplum**, que uma única causa especial de aumento alternativa possa conduzir o **quantum** de pena para além do mínimo legal do aumento, que, em contrapartida, pode ser insuperável, diante do caso concreto, mesmo em se caracterizando mais de uma causa especial de aumento dessa espécie.*

6. A reincidência é agravante obrigatória (Código Penal, artigo 61, inciso I).

*7. **Writ** conhecido em parte e concedido parcialmente." (HC nº 31.223/SP, da minha Relatoria, **in** DJ 13/3/2006 - nossos os grifos).*

Pelo exposto, denego a ordem.

É O VOTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2007/0203366-1

HC 89518 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10127603 50050879626

EM MESA

JULGADO: 21/02/2008

Relatora

Exma. Sra. Ministra **JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO VIDAL NITRINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO CASTILHO PEREIRA

ASSUNTO: Penal - Crimes contra o Patrimônio (art. 155 a 183) - Roubo (Art. 157) - Circunstanciado

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 maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Fará declaração de voto o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. "

Os Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 21 de fevereiro de 2008

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário