

HABEAS CORPUS Nº 525.317 - MS (2019/0229935-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : FABRICIO CONCEICAO MARTINS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de FABRICIO CONCEIÇÃO MARTINS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul na Apelação Criminal n. 0031996-76.2018.8.12.0001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime descrito no art. 157, *caput*, do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e de 10 (dez) dias-multa, porque mediante grave ameaça exercida com arma de fogo, subtraiu o aparelho celular da vítima Maiara Alves Teixeira. Na sentença, o Magistrado afastou a majorante prevista no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal que havia sido imputada na denúncia, por entender que a potencialidade lesiva do artefato não foi comprovada (e-STJ fls. 131-144).

Inconformado, o Ministério Público estadual interpôs apelação que foi parcialmente provida para aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal e redimensionar a pena para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto (e-STJ fls. 205-219).

No presente *writ*, a parte impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na dosimetria da reprimenda imposta ao paciente, pois afirma que a causa de aumento de pena relativa à majorante da arma de fogo deve ser afastada, pois o laudo técnico realizado no artefato atestou a sua ineficácia para realizar disparos.

Argumenta que o acréscimo de pena em razão de uso de arma inidônea não encontra respaldo legal, pois apenas se amolda à elementar da grave ameaça e, por isso, não permite o reconhecimento da majorante correspondente.

Requer, ao final, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja restabelecida a sentença que afastou a majorante do emprego da arma de fogo e fixou o regime inicial aberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 223-224).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 248-256 e 257-263).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 268-276).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à pretendida exclusão da causa de aumento do emprego de arma, a questão referente à legalidade ou não da manutenção da majorante, é cediço que o entendimento desta Corte sobre o tema, quando a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, findou dirimida quando do julgamento do EResp n. 961.863/RS, no dia 13/12/2010, pela Terceira Seção, que houve por bem rejeitar os embargos de divergência, em acórdão lavrado pelo Ministro Gilson Dipp, assim ementado:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só - desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

(EResp 961863/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011)

Assim, confirmou-se a orientação que já vinha sendo seguida por esta Quinta Turma, pacificando neste Superior Tribunal a questão referente à legalidade da aplicação da causa de especial aumento de pena do emprego de arma de fogo, mesmo não tendo sido apreendida e periciada a arma empregada no roubo, a fim de comprovar o seu poder vulnerante, quando existirem nos autos elementos de prova a atestar o seu efetivo emprego.

Ocorre que, na hipótese em exame, a causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma de fogo foi aplicada do Tribunal de origem mesmo diante da apreensão e submissão do artefato à exame pericial que atestou a sua ineficiência para a realização de disparos, de acordo com a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 215-216):

No que tange à autoria, de igual forma, restou sobejamente provado que o apelado, para a prática do crime de roubo narrado na denúncia, fez uso de uma arma que foi apreendida (f. 26) e posteriormente periciada (f. 93/97).

Nesse compasso, a despeito do laudo pericial concluir pela ineficiência do armamento para a produção de disparos, tal fato, por si, não afasta o reconhecimento dessa majorante.

[...]

Desta forma, pela prova colhida sob o crivo do contraditório, resta efetivamente comprovado que o apelado fez uso de uma arma de fogo para praticar o crime de roubo.

In casu, não há dúvidas de que a simples apresentação de uma arma – municiada ou não, apta ou inapta a efetuar disparos foi que o amedrontou a vítima e possibilitou que ele alcançasse o seu desiderato.

Em outras palavras, a exibição da arma de fogo foi além da condição para exercício da grave ameaça – elementar esta que, pela prova mencionada, foi efetivamente exercida – possibilitando, então, que o apelado consumasse o delito e subtraísse o aparelho de celular da vítima.

Desta forma, as nuances anteriormente descritas ultrapassam as balizas de um roubo simples, ou seja, aquele praticado por singelo anúncio de assalto sem o emprego de qualquer armamento. Pelo contrário, no presente caso o apelado fez uso da arma e a empunhou para a prática delitiva, circunstâncias que, por si, justificam uma maior reprimenda (sem grifos no original).

Em tal contexto, verifica-se que o acórdão impugnado não se harmoniza com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, comprovada a ausência de potencialidade

lesiva da arma empregada, é indevida a imposição da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal.

Isso porque a utilização da arma de fogo comprovadamente sem potencialidade lesiva, como na espécie, presta-se somente para caracterizar a elementar da grave ameaça contra a vítima, necessária à configuração do delito de roubo na sua forma simples, o que o diferencia do crime de furto.

A propósito, destaca-se o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. ARMA DESMUNICIADA. AFASTAMENTO DA MAJORANTE. ADEQUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a utilização de arma inidônea, como forma de intimidar a vítima no delito de roubo, caracteriza a elementar grave ameaça, porém, não permite o reconhecimento da majorante de pena, que está vinculado ao potencial lesivo do instrumento, quando não puder ser considerado diante de ineficácia para a realização de disparos, por encontrar-se desmuniada.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1721936/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 16/04/2018)

Assim, a utilização do revólver em questão para intimidar a vítima do delito de roubo não autoriza o reconhecimento da majorante da pena prevista no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, cuja caracterização está vinculada ao potencial lesivo do instrumento, pericialmente comprovado como ausente no caso.

Desse modo, impõe-se o afastamento da causa especial de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo, devendo ser restabelecida a sentença condenatória que condenou o paciente como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e de 10 (dez) dias-multa.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do writ, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para afastar a majorante prevista no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, e assim reduzir a pena cominada ao paciente para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, e para alterar o regime inicial para o aberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator