



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 140.386 - PR (2009/0124444-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ROBSON A GALVÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : LEANDRO ROBERTO DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. (2) AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO CONCURSO DE PESSOAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. (3) ORDEM DENEGADA.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.

Hipótese em que o magistrado de primeiro grau e a Corte estadual assentaram a existência de prova oral suficiente a demonstrar a utilização da arma pelo réu, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.

2. O *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, possuindo âmbito de cognição restrito às hipóteses de ilegalidade evidente, em que não se faz necessária a análise de provas.

Na espécie, o pedido da Defesa relativo ao afastamento da causa de aumento de pena referente ao concurso de agentes, necessariamente, demandaria reexame de matéria fático-probatória, o que não se admite na via estreita do *habeas corpus*.

3. Ordem denegada.

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: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 20 de outubro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 140.386 - PR (2009/0124444-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ROBSON A GALVÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : LEANDRO ROBERTO DE SOUZA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de LEANDRO ROBERTO DE SOUZA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Apelação n.º 501320-1 e Embargos de declaração n.º 501320-1/01).

Consta da impetração que o ora paciente foi condenado, em primeira instância, ao cumprimento de pena privativa de liberdade fixada pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo. Opostos embargos declaratórios, os quais restaram rejeitados.

No presente *writ*, a Defesa alega que a suposta arma de fogo utilizada no crime imputado ao paciente não foi apreendida, logo, inexistindo nos autos da ação penal laudo que pudesse atestar a potencialidade ofensiva do referido artefato, revela-se inadmissível a aplicação da causa de aumento com arrimo no emprego de arma de fogo.

Dessarte, conclui, amparada em precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, que é imprescindível - para a aplicação da causa de aumento do inciso I do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal - a realização de prova pericial, a fim de se determinar a natureza e eficácia da arma, bem como o grau de exposição ao risco da vida e da integridade física da vítima.

O impetrante visa, em suma, o afastamento das causas de aumento da pena relativas ao emprego de arma de fogo, pois esta não foi apreendida, bem como em decorrência do concurso de pessoas, "uma vez que o paciente não estava no local em que teria ocorrido o roubo, e assim, não reduziu possível capacidade de reação das vítimas" (fl. 22).

O pedido liminar foi indeferido à fl. 95 pelo insigne Ministro João Otávio de Noronha no exercício da Presidência deste Sodalício, oportunidade em que foram solicitadas informações à autoridade coatora, prestadas às fls. 104/141.

O Ministério Público Federal manifestou-se, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, pelo parcial conhecimento do *writ* e, nessa extensão, pela denegação da ordem (fls. 144/147).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 140.386 - PR (2009/0124444-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. (2) AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO CONCURSO DE PESSOAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. (3) ORDEM DENEGADA.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.

Hipótese em que o magistrado de primeiro grau e a Corte estadual assentaram a existência de prova oral suficiente a demonstrar a utilização da arma pelo réu, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.

2. O *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, possuindo âmbito de cognição restrito às hipóteses de ilegalidade evidente, em que não se faz necessária a análise de provas.

Na espécie, o pedido da Defesa relativo ao afastamento da causa de aumento de pena referente ao concurso de agentes, necessariamente, demandaria reexame de matéria fático-probatória, o que não se admite na via estreita do *habeas corpus*.

3. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

1. MAJORAÇÃO DA PENA RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO.

O primeiro tema desta impetração cinge-se à expunção da causa de aumento relativa ao emprego de arma à pena aplicada ao paciente.

Eis o que foi dito na sentença, no que interessa (fls. 40/47):

(...)

A autoria do delito praticado pelos denunciados restou devidamente comprovada pelas provas produzidas nos autos e pelas seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declarações, conforme se verifica:

Declaração Policial de fls. 32: '...que aquele identificado como Wagner de Oliveira dos Santos, é o elemento que entrou empunhando a arma de fogo, e que, o ora identificado como sendo Cristalino Gonçalves era o elemento que adentrou na loja junto com Wagner;...'

Interrogatório Judicial de Cristalino de fls. 126/127: '...que confessa a prática do crime de roubo, o qual foi efetivado em companhia do co-réu Wagner de Oliveira; (...) que não portavam arma de fogo, e apenas simularam o porte de um revólver fazendo uso de um microfone...'

Interrogatório Judicial de Wagner de fls. 128/129: '...o interrogando e o co-réu Cristalino adentraram no estabelecimento e acabaram por dar voz de assalto e subtrair os objetos descritos na denúncia...'

Depoimento Judicial de fls. 190: '...que reconhece os denunciados presentes ao ato, como os elementos que estavam no interior do veículo gol..'

A materialidade do delito foi comprovada mediante Auto de Exibição e Apreensão de fls. 14, Auto de Avaliação de fls. 31 e Auto de Entrega de fls. 34.

A conduta praticada pelos denunciados é típica e subsume-se ao tipo capitulado no artigo 157, § 2º, incisos I e II, combinado com o artigo 29, ambos do Código Penal, visto que Cristalino e Wagner entraram no referido estabelecimento comercial da vítima e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo (não apreendida nos autos) subtraíram para si os objetos e valores descritos na denúncia, sendo que o denunciado Leandro ficou do lado de fora do estabelecimento dando cobertura ao ilícito e possibilitando a fuga em seu carro, sendo consumado o delito ao obter a posse pacífica e tranqüila dos bens, senão vejamos:

(...)

Restaram comprovadas as circunstâncias agravantes previstas nos incisos I e II, do § 2º, do artigo 157, do Código Penal, visto que os denunciados, mediante ameaça exercida com emprego de arma de fogo c cm concurso de pessoas adentraram no estabelecimento comercial e de lá subtraíram os bens narrados na denúncia, conforme os depoimentos supra citados.

Os argumentos da Defesa de Leandro em sede de alegações finais requerendo a absolvição do mesmo alegando falta de provas, não merece acolhimento, pois ficou do lado de fora dando cobertura para que os outros denunciados pudessem subtrair os objetos narrados na denúncia. Ressalta-se que quando a polícia tentou abordar o veículo conduzido pelo denunciado Leandro, ele não parou imediatamente, tendo demorado aproximadamente 300 metros para estacionar, tempo suficiente para se desfazerem da arma de fogo e do dinheiro subtraído da vítima (v. fls. 190), ou seja, após aguardar os denunciados que praticaram a subtração, conseguiu evitar a apreensão da arma de fogo, fatos que evidenciam seu vínculo subjetivo na conduta delituosa praticada pelos demais denunciados. Os argumentos da Defesa de Cristalino e Wagner referentes a forma de fixação da pena serão analisados na fase adequada.

Diante do exposto, julga-se procedente a denúncia para condenar os denunciados LEANDRO ROBERTO DE SOUZA, CRISTALINO GONÇALVES e WAGNER DE OLIVEIRA DOS SANTOS às penas privativas de liberdade e de multa previstas no artigo 157, §2º, inciso I e II, combinado com o artigo 29, todos do Código Penal, condenando-os, ainda,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao pagamento proporcional das custas e despesas processuais.

Procede-se a individualização da pena.

1. Leandro Roberto de Souza

(...)

1.4 Causa especial de aumento e diminuição da pena

Incidem na espécie as causas especiais de aumento de pena prevista nos incisos I e II (emprego de arma de fogo e concurso de pessoas) do § 2º do artigo 157 do Código Penal, devidamente fundamentadas na fase anterior desta sentença, razão pela qual aumenta-se à pena base em um terço (1/3) perfazendo assim cinco (05) anos e quatro (04) meses de reclusão e ao pagamento de vinte e seis (26) dias multa.

1.5 Pena definitiva

Condena-se o denunciado definitivamente à pena de cinco (05) anos e (04) meses de reclusão e ao pagamento de vinte e seis (26) dias multa, no valor de um trinta avos (1/30) do salário mínimo cada dia-multa.

(...)

Extrai-se do acórdão vergastado (fls. 66/67):

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS - AUSÊNCIA DE DEFESA- NÃO CONHECIMENTO - INSUFICIÊNCIA DE PROVA - NÃO OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - DESCLASSIFICAÇÃO - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - INVIABILIDADE - SENTENÇA ACERTADA - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

Não há que se falar em nulidade do processo, por ausência de defesa, se restou documentada a atuação ativa do defensor do agente, durante todo o curso da instrução criminal.

A conjugação da prova produzida no curso da instrução criminal permite concluir pelo acerto da condenação e afasta, por incompatibilidade, qualquer intento absolutório.

A robusta demonstração de que o delito se deu mediante o emprego de arma e o concurso de pessoas torna infrutífero o pleito desclassificatório.

É inviável o reconhecimento da participação de menor importância na conduta que, analisada sob a ótica global da execução do crime, se revelou

fundamental ao desenvolvimento da ação.

Apeleção conhecida em parte e, nesta extensão, não provida.

Sobre o tema, convém tecer algumas considerações, por mim esposadas no julgamento do EREsp nº 961.863/RS, de relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi, em 13.12.2010.

O Direito Penal e Direito Processual Penal derivam de um tronco comum, sendo não muito remota a conquista da independência do segundo frente ao primeiro. Não são raros os problemas decorrentes da eficácia de novéis normas mistas, de que exemplo o art. 366 do Código de Processo Penal. Assim, comandos de direito material comparecem no Código de Processo Penal - como prescrição e extinção de punibilidade -, e regras de direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processual habitam no Código Penal - lembre que o tema ação penal dispõe de todo um capítulo na Parte Geral.

Por mais que perquiria, não consigo vislumbrar a questão posta em debate apenas sob o ângulo processual, atinente à prova do corpo de delito, para que se possa admitir o aumento de pena de que trata o art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

A respeito da noção de corpo de delito, é imperioso registrar a lição do inextinguível Rogério Lauria Tucci, em sua magnífica monografia sobre o tema:

(...)

Daí, à evidência, sua manifesta importância, a ser objetivada, de logo (e ainda que num relance, dado orientar-se nosso estudo, como é óbvio, a outro campo de trabalho, com o qual se relaciona intimamente), no Direito Penal material. E isto, por certo, em virtude de originar-se o conceito de *tipo delitivo* do tradicional *corpus delicti*, sua proclamada raiz histórica, no sentido primeiro da correspondência a toda *ação punível*, ou seja, ao *fato objetivo*. (*Do corpo de delito no Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 5-6).

É claro, convenhamos, que o debate se avizinha ao Direito Processual Penal, mas com ele não se confunde. Faço um paralelo. Nos crimes contra a integridade física, não se tendo procedido à perícia após trinta dias, desaparecendo a incapacidade para as ocupações habituais, a questão da tipicidade (se lesão corporal grave ou leve) do comportamento deixa de ser penal para se tratar de matéria de fato? A meu sentir, não.

Na hipótese, penso que a tarefa da demonstração da ofensividade do instrumento do crime jamais poderiam incumbir à Defesa, porque, em se tratando de prova penal, a defesa não tem qualquer ônus, nem mesmo de provar eventual excludente de crime. Ao contrário, cabe à acusação fazer a prova, indene de dúvida, acerca da existência material do fato, sua autoria e responsabilidade penal. A dúvida, no caso, favorece o acusado. E isto porque, para uma condenação, o juiz penal tem que ter a certeza moral acerca do acontecimento penal. À Defesa não cabe fazer prova da certeza, mas se o juiz tiver a menor e tênue dúvida, não pode proferir um édito condenatório.

No crime de roubo majorado pelo uso da arma, não se está laborando com uma causa de justificação ou com uma eximente, que a Defesa traria como um contra-argumento, ou um álibi. Pelo contrário, foca-se em uma circunstância - majorante - cuja demonstração está a cargo da acusação.

Confira-se, a propósito do ônus da prova em matéria penal:

Antes porém de analisarmos o ônus da prova do Ministério Público, é necessário verificar se existe um prévio ônus de afirmar para o acusador.

Do ponto de vista do ônus da prova, é extremamente importante o ônus de afirmar. O ônus de afirmar é um antecedente lógico e cronológico do ônus da prova. Ao ônus de afirmar os fatos segue o ônus de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprová-los. Em consequência, somente há o ônus de provar os fatos que foram anteriormente afirmados.

(...)

Em suma, no campo penal, a atividade probatória do Ministério Público é regida por *ônus* e não por *deveres*. Ao Ministério Público incumbe o ônus da prova da culpa do acusado, além de qualquer dúvida razoável.

(...)

O fato imputado ao réu e que constitui o objeto do processo penal é um fato concreto, isto é, um acontecimento, um suceder histórico que se afirma ocorrido. Diversamente, o fato para fins de direito penal é uma abstração, um modelo, um tipo penal que prevê abstratamente uma conduta.

Estabelecida esta distinção entre o conceito processual de fato e a correspondente noção penalística, é importante destacar que, quando se faz alusão ao fato como objeto da prova, trata-se fato em sua acepção processual, isto é, de um concreto acontecimento que ocorreu no passado e que deverá ser demonstrado no processo. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 227-230 e 301-302).

Sobre a natureza típica das circunstâncias do crime, dentre elas as causas de aumento de pena, confira-se o magistério do Professor de Direito Penal da USP David Teixeira de Azevedo:

As circunstâncias do crime são dotadas de tipicidade, constituindo modelos jurídico-penais. A sua estrutura típica não participa daquela do tipo incriminador, estando à volta do tipo principal como elementos típicos-satélites, a colorir o fato típico de maior ou menor ilicitude e/ou a transfundir ao agente maior ou menor culpa jurídico-penal. (*Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48)

O mesmo doutrinador, relativamente às particularidades da causa de aumento em testilha, ensina:

Outro tanto sucede no delito de roubo. O aumento de pena de um terço até metade em decorrência do emprego de arma (art. 157, § 2.º, I, do Código Penal), do concurso de duas ou mais pessoas (art. 157, § 2.º, II), ou do fato de a vítima estar em serviço de transporte (art. 157, § 2.º, III) decorre da maior lesividade ao bem juridicamente tutelado (patrimônio e a integridade física e a liberdade da pessoa). Com a utilização da arma recrudescer-se o constrangimento e violência moral e física, o que sucede também com o concurso de duas ou mais pessoas (*Op. cit.*, p. 136).

Reconhecido o caráter típico da majorante em questão, ressuma o caráter materialmente penal da *quaestio*, vinculada ao âmbito da tipicidade. Assim, cumpre ao Ministério Público, *in casu*, a demonstração da conformação do modelo do inciso I do parágrafo primeiro do art. 157 do Código Penal. Não se está a tratar, aqui, propriamente do corpo de delito, mas do instrumento do crime e a imprescindibilidade de sua apreensão/perícia,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

até para se submeter a imputação ao filtro do princípio constitucional da ofensividade.

Mesmo em relação ao exame de corpo de delito, confira-se a lição do Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Vicente Greco Filho, acerca dos cuidados que devem ser tomados para que possa ser viabilizada a sua escorreita substituição:

Para que a substituição do exame de corpo de delito pela prova testemunhal possa ocorrer validamente, porém, é preciso que o desaparecimento dos vestígios seja decorrente de causas *não*-imputáveis aos órgãos de persecução penal.

O exemplo clássico do corpo de delito indireto é o do homicídio com o corpo jogado ao mar, não sendo possível o exame necroscópico.

Se, porém, os vestígios desapareceram em virtude da inércia, inclusive a burocrática, dos órgãos policiais ou judiciais, a menor segurança da prova testemunha não pode ser carreada ao acusado. Assim, se a vítima de um um furto com arrombamento, cansada de esperar a visita dos peritos, manda consertar a janela arrombada e, por ocasião do exame, não se constata mais vestígios, a prova testemunhal não pode suprir a falta da perícia. (*Manual de processo penal*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 222).

Em igual sentido, confira-se a jurisprudência desta Casa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. ESCALADA. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO ROUBO COM CONCURSO DE AGENTES. IMPOSSIBILIDADE. CONSUMAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência.

II - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP (Precedentes).

III - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC).

IV - Se a r. sentença condenou o recorrido por furto tentado, não tendo sido interposto recurso pela acusação, não se pode mais discutir o momento consumativo do delito, sob pena de reformatio in pejus (Precedentes).

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.

(REsp 932.780/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2007, DJ 29/10/2007, p. 306)

Portanto, somente quando, por razões alheias à vontade das autoridades, for absolutamente impossível proceder-se à perícia é que se promove o exame de corpo de delito indireto, ou, na sua falta, mediante prova testemunhal. Já no tocante à perícia no instrumento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime, inexistente previsão normativa das referidas providências supletivas, o que torna mais difícil ainda aceitar um laudo indireto ou a avaliação de lesividade da arma pelo simples (e atécnico) olhar da vítima ou de testemunhas.

Neste passo, penso ser importante precisar qual é o bem jurídico objeto de tutela por meio da tipificação do roubo. Cuida-se de delito inserido no catálogo daqueles contra o patrimônio. Todavia, revela-se crime complexo, dado que contempla, ainda, a proteção da liberdade (mediante a elementar *grave ameaça*) e/ou da integridade física (com a inclusão do termo *violência*).

É de se concentrar, para os fins de deslinde do presente feito, na combinação da *subtração* com a *grave ameaça*. Esta última pode ser exercida de vários modos, como a utilização, *verbi gratia*, de formulações verbais, que incutem no sujeito passivo o receio de mal grave e futuro. Também é possível a utilização de gestual, pelo qual se vence a resistência do ofendido, que, resignado, entrega o objeto material.

Além da figura prevista no *caput*, o legislador serviu-se, para proteger de maneira mais efetiva os valores em questão, de um rol de majorantes no seio do parágrafo segundo do artigo 157 do Código Penal. Assim, caso o roubador empregue, por exemplo, um revólver, tem-se uma ameaça com maior poder vulnerante. Daí apenar-se de modo mais intenso, porquanto há claro risco para a integridade física da vítima, visto que o agente pode vir a concretizar o mal, caso a vítima não contribua para o sucesso delitivo.

Com este mesmo raciocínio, em atenção ao cânone constitucional da ofensividade, que esta colenda Terceira Seção revogou a Súmula n. 174, desta Corte. O fator preponderante que levou à alteração do norte jurisprudencial foi a modificação no critério, passou-se de um exame subjetivo para um objetivo. 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 hermenêutica 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. Pontue-se:

- (i) Sem a apreensão, como seria possível dizer que a arma do paciente não era de brinquedo ou se encontrava desmuniada ou que tinha potencialidade lesiva ?
- (ii) Sem a perícia, como seria possível dizer que a arma do paciente não estava danificada?

Assim, por entender tratar-se o emprego de arma de circunstância objetiva, é imperiosa a prévia demonstração da indenidade do mecanismo lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e conseqüente elaboração do exame pericial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal entendimento passou a prosperar no âmbito da Sexta Turma, a partir do seguinte caso:

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/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2006, DJ 28/05/2007, p. 402)

É certo que, em 2008, o Pretório Excelso, pela sua Primeira Turma, pronunciou-se de maneira diversa:

Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não é exigível que a arma seja periciada ou apreendida, desde que comprovado, por outros meios, que foi devidamente empregada para intimidar a vítima. Com base nessa orientação, a Turma, em conclusão de julgamento, indeferiu, por maioria, *habeas corpus* em que requerida a manutenção da pena imposta pelo tribunal de origem, ao argumento de que seriam indispensáveis a apreensão e a perícia da arma para aferição da mencionada causa de aumento. A impetração sustentava que, na situação dos autos, a potencialidade lesiva desse instrumento não teria sido atestada por outros elementos de prova – v. Informativo 500. Asseverou-se que o potencial lesivo integra a própria natureza do artefato e que, se por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em conta pelo magistrado na fixação da pena. Dessa forma, observou-se que, caso o acusado alegue o contrário ou sustente ausência de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar a vítima, será dele o ônus de provar tal evidência (CPP, art. 156). Ressaltou-se, ademais, que a arma, ainda que não tivesse o poder de disparar projéteis, poderia ser usada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. Por fim, aduziu-se que se exigir perícia para atestar a potencialidade lesiva do revólver empregado no delito de roubo teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecerem com elas, de modo que a aludida qualificadora dificilmente teria aplicação. Vencida a Min. Cármen Lúcia, relatora, que deferia o *writ* para anular o acórdão impugnado e restabelecer a condenação do paciente pelo crime de roubo, descrito no art. 157, *caput*, do CP, uma vez que, na espécie, não fora possível atestar, por outros meios de prova, a potencialidade lesiva do artefato. Precedente citado: HC 84032/SP (DJU de 30.4.2004).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC 92871/SP, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 4.11.2008. (Informativo 527, 12 de novembro de 2008).

O Pleno do Pretório Excelso abordou, então, a questão, nos autos do HC n.º 96.099/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, tendo aquela Corte, por maioria de votos, vencidos os eminentes Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, entendido que incide a aplicação da majorante, a despeito da arma não ter sido apreendida e periciada.

Eis o noticiado no Informativo n.º 536 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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." (HC nº 96.099/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 19.2.2009.)

O mencionado aresto restou 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.

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.º 96099/RS, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 19/02/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009)

E, mais recentemente, a Segunda Turma do Pretório Excelso curvou-se ao posicionamento do Plenário, com a ressalva de entendimento contrário dos eminentes Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, nos seguintes moldes:

É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracterizar a majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se por outros meios for comprovado seu emprego na prática criminosa. A 2ª Turma, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da colegialidade, e para evitar decisões díspares entre as Turmas, deliberou acompanhar essa orientação, formalizada pelo Plenário no julgamento do HC 96099/RS (DJe de 5.6.2009) e, em consequência, indeferiu habeas corpus em que sustentada a necessidade de apreensão e perícia de arma de fogo para fins de verificação da sua potencialidade lesiva e conseqüente incidência da referida causa de aumento. Consignou-se que tal entendimento já vinha sendo adotado pela 1ª Turma e que a 2ª Turma teria, em casos análogos, sufragado tese em sentido diametralmente oposto após a prolação do citado paradigma. Os Ministros Gilmar Mendes, relator, e Celso de Mello ressalvaram sua convicção pessoal. HC 103046/RJ e HC 104984/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.10.2010. (Informativo do STF n. 605)

Com amparo em todo o exposto, é de ser ver que a temática em foco não se resume a um plano meramente fático, mas, tem contornos jurídico-penais, iluminados pela tipicidade, que deve ser pautada, numa perspectiva incriminatória, pela afetação de bens jurídicos.

Na atual quadra de desenvolvimento do Direito Penal, é fundamental ter sempre em mira a proteção de um bem jurídico, cuja tutela é prestigiada pelo respeito ao princípio da ofensividade, cânone magistralmente sintetizado por Alberto Silva Franco da seguinte maneira:

Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

O princípio também denominado princípio da ofensividade ou da lesividade centra-se na ideia de que o controle social penal só deve intervir quando ocorrer lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos concretos. "Bens jurídicos, em definitivo, são os pressupostos existenciais que a pessoa necessita para sua auto-realização na vida social. Uns têm natureza estritamente individual (vida, integridade, liberdade, honra, etc.), outros, comunitária (saúde pública, segurança do tráfico etc.), mas também esses últimos interessam ao indivíduo, já que a convivência pacífica, assegurada por uma ordem social adequada, é o único marco viável para sua própria auto-realização (Antonio García-Pablos de Molina. Idem, p. 540).

Não cabe, portanto, acionar o instrumento estatal de controle se o comportamento, ativo ou omissivo, de alguém não possuir nenhum laivo de lesividade. "Proibir por proibir, carece de sentido e legitimação" (Antonio García-Pablos de Molina. Idem, p. 540). Analisando, sob essa ótica, o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, no Estado Democrático de Direito, constitui uma clara limitação ao poder punitivo desse Estado na medida em que circunscreve a atuação do mecanismo repressor à tutela de bens jurídicos relevantes, de natureza coletiva ou individual, e aos ataques mais graves a esses bens. (*Código penal e sua interpretação*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 47).

Não se pode admitir a intervenção do Direito Penal com amparo em suposições ou ilações. Não. O emprego do instrumento repressivo depende de uma aferição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ex ante de relevância e, tal "cláusula de barreira" é justamente o princípio da ofensividade, que, satisfeito, admite o reconhecimento da tipicidade material.

Em conclusão, entendo imprescindível, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, que a arma seja apreendida e periciada, atestando-se sua capacidade lesiva.

Ressalto, todavia, que a matéria foi objeto de deliberação pela Terceira Seção desta Corte, a quem compete uniformizar a jurisprudência em matéria penal, na sessão do dia 13.12.2010, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, de relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi. Em tal ocasião, fiquei vencida no ponto, prevalecendo a compreensão de ser prescindível a apreensão e perícia da arma para a incidência da majorante, impondo-se a verificação, caso a caso, da existência de outras provas que atestem a utilização do instrumento.

Dessarte, em respeito à própria missão desta Corte Superior de Justiça de assegurar a uniformidade na interpretação das normas infraconstitucionais, acato o entendimento firmado pela egrégia Terceira Seção, embora ressalvando meu ponto de vista, e passo à análise do caso concreto.

Conforme assentou o magistrado de primeiro grau, está confirmado o emprego da majorante pela prova testemunhal coligida.

O Tribunal de origem, por sua vez, conclui no mesmo sentido.

Dessarte, em conformidade com o acordado no EREsp n.º 961.863/RS, a prova oral juntada aos autos seria suficiente para ensejar a aplicação da causa de acréscimo em apreço, inexistindo qualquer constrangimento ilegal a ser reconhecido nesse ponto.

2. AUMENTO DA PENA RELATIVO AO CONCURSO DE AGENTES.

O *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, possuindo âmbito de cognição restrito às hipóteses de ilegalidade evidente, em que não se faz necessária a análise de provas.

Assim, o que deve ser observado é se a tese arguida pela Defesa depende ou não de incursão na seara fático-probatória.

Na hipótese, nota-se que o impetrante pleiteia, na verdade, ver afastada a causa de aumento relativa ao concurso de agentes, "uma vez que o paciente não estava no local em que teria ocorrido o roubo, e assim, não reduziu possível capacidade de reação das vítimas" (fl. 22).

Trata-se de matéria de fato, não de direito, e a inversão do decidido depende de um exame amplo e profundo das provas colhidas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irrepreensível, portanto, o aresto impugnado, haja vista a inadequação da via estreita do *habeas corpus* para tal fim.

Sobre o tema, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. NÃO ADMISSÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

III. A discussão da legalidade das interceptações telefônicas realizadas demanda profundo revolvimento do lastro probatório, inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

VI. Ordem não conhecida. (HC 124.824/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. TENTATIVA. PATAMAR DE REDUÇÃO. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A redução pela tentativa deve-se pautar pelo iter criminis percorrido pelo agente, estando o mínimo de redução previsto em lei vinculado à hipótese de proximidade com a consumação do delito.

2. No caso vertente, o paciente foi teve sua conduta impedida quase em fase de consumação, conforme atestaram as decisões das instâncias ordinárias, não sendo possível modificar tal entendimento, com considerações fora dos aspectos objetivos tratados, pois acarretaria em incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*.

3. Ordem denegada. (HC 120.808/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 22/06/2011)

HABEAS CORPUS. CONTRABANDO (ART. 334 DO CPB). PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO DO VALOR. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. O Magistrado de primeiro grau afirmou que o valor da prestação pecuniária é proporcional à situação econômica do paciente. Para se afastar essa afirmação e acatar a tese de que o valor é desproporcional, é necessária profunda incursão em matéria fático-probatória, que é vedado nesta sede.

2. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC 164.925/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 12/05/2011)

PROCESSUAL E PENAL. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. CARACTERIZAÇÃO. ADEQUAÇÃO TÍPICA DE SUBORDINAÇÃO MEDIATA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. WRIT. VIA IMPRÓPRIA.

1. A participação de menor importância, em realidade, é adequação típica de subordinação mediata e, pois, aferir a sua caracterização demanda inegável revolvimento fático-probatório não condizente com a via angusta do habeas corpus.

2. Coautoria na espécie reconhecida pela sentença e pelo acórdão da apelação, este transitado em julgado, denotando apresentar-se o writ com feições de indevida revisão criminal.

3. Ordem denegada. (HC 116.321/RJ, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 23.08.2010.)

Ante o exposto, com a ressalva de meu entendimento em relação ao aumento de pena pelo uso de arma, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0124444-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 140.386 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 5013201

EM MESA

JULGADO: 20/10/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROBSON A GALVÃO DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

PACIENTE : LEANDRO ROBERTO DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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 unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.