



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.063 - SP (2010/0037485-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ILKA SAITO MILLAN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IRINEU CORREIA FELIX FILHO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. 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. 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 de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.

2. Hipótese em que a Corte estadual assentou a existência de prova oral suficiente a demonstrar a utilização da arma de fogo pelo réu, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.

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, ressaltando entendimento o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP)." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

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

Brasília, 03 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.063 - SP (2010/0037485-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ILKA SAITO MILLAN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IRINEU CORREIA FELIX FILHO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de IRINEU CORREIA FELIZ FILHO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 990.09.073690-9).

O paciente foi condenado, em 11.12.2008, à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, como incurso no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (fls. 13/16). Colhe-se da sentença condenatória, no que interessa (fls. 14/16):

A causa especial de aumento descrita no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, todavia, deve ser afastada. A razão de ser desta causa de aumento é o perigo ao qual a vida e a integridade física das vítimas são expostas, e não uma maior intimidação das vítimas, pois a intimidação gerada pela grave ameaça faz parte do próprio tipo penal. Tanto o é que se a arma for de brinquedo, não há a incidência desta majorante, conforme o entendimento do STJ, que cancelou sua súmula em sentido contrário.

(...)

Tendo em vista as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixo sua pena base acima do mínimo legal, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Não há agravantes ou atenuantes.

Tendo em vista as causas de aumento previstas no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, aumento sua pena em 1/3, passando a ser de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.

Devido ao concurso formal de crimes, aumento sua pena em 1/6, passando a ser de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, pena que torno definitiva, por inexistirem outras causas de aumento ou diminuição de pena.

Inconformados, a Defesa e o Ministério Público apelaram, tendo o Tribunal *a quo*, em 17.09.2009, negado provimento ao apelo do paciente e provido o do *parquet*, nos seguintes termos (fls. 21/26):

Recurso do Ministério Público.

É procedente.

O roubo resultou qualificado pelo concurso de agentes, referido em uníssono pelas vítimas e também pelo emprego de arma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Independente de ser causa subjetiva, que advém do temor da vítima em face da exibição do instrumento pelo agente, ou objetiva, que decorre do maior perigo que a arma causa ao ofendido, o reconhecimento da qualificadora prescinde da apreensão e exame pericial do artefato, se outras provas demonstram a sua utilização no roubo.

Quando a prova oral atesta, de forma uníssona e idônea, o emprego de arma no roubo, mas não houve prisão em flagrante, é de se reconhecer a respectiva qualificadora, ante a falta de apreensão e conseqüente impossibilidade de perícia.

Neste caso, prevalece presunção relativa de que a arma possui potencialidade lesiva, incumbindo à parte que alegue o contrário o ônus de demonstrar a sua ineficácia (art. 156 do CPP). Não se justifica transferir tal incumbência ao Ministério Público, que não tem possibilidade de comprovar a eficácia ofensiva da arma quando esta não é apreendida.

(...)

As penas, pois, ficarão concretizadas em 06 anos e 05 meses de reclusão, e pagamento de 15 dias-multa (pena-base de 04 anos de reclusão e 10 dias-multa + 3/8 pelas qualificadoras + 1/6 pelo concurso formal).

Em hipótese de roubo bi-qualificado, a fração de acréscimo adequada é de 3/8 (três oitavos), para manter proporcionalidade com o número de causas especiais de aumento, que são cinco e, também, para melhor individualizar a pena, já que, nessa situação, o grau de constrangimento imposto é maior, aumentando as chances de êxito da empreitada delituosa e diminuindo a possibilidade de defesa da vítima.

O concurso formal foi bem reconhecido, pois, num só contexto fático, mediante grave ameaça, o agente subtraiu bens de duas vítimas diversas.

Trata-se de roubo duplamente qualificado, pelo emprego de arma e concurso de agentes, com divisão de tarefas.

A gravidade indisfarçável do roubo qualificado e a imanente periculosidade do agente que o pratica constituem circunstâncias que justificam a imposição do regime inicial fechado, sobretudo no caso de réu reincidente, como na hipótese (certidão de fl. 204 - Processo de Execução n.ºs 615349 e Processo de Condenação 2262/2005).

(...)

Ante o exposto, negaram provimento ao apelo do réu e deram provimento ao apelo da Justiça Pública para elevar a pena de IRINEU CORREIA FELIX FILHO para 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso, como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. o artigo 70, ambos do Código Penal.

Daí o presente *mandamus*, em que a impetrante alega que "houve nítido equívoco no reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 157, § 2º, I, do Código Penal" (fl. 3), pois "não foi feita perícia sobre a arma para apurar se ela era verdadeira e apta a efetuar disparos" (fl. 4).

Requer, liminarmente e no mérito, o afastamento da causa de aumento de pena referente ao emprego de arma de fogo.

Às fls. 31/34, a liminar foi indeferida.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 44/45.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 72/81, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.063 - SP (2010/0037485-4)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. 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. 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 de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.
2. Hipótese em que a Corte estadual assentou a existência de prova oral suficiente a demonstrar a utilização da arma de fogo pelo réu, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.
3. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

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

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 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 inexcelsável Rogério Lauria Tucci, em sua magnífica monografia sobre o tema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 de fogo, 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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 escoreita substituição:

Para que a substituição do exame de corpo de delito pela prova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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?

(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 fogo 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 *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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, que a arma de fogo 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.

Neste *mandamus*, o conjunto probatório coligido aos autos destaca a incidência da causa de aumento por meio de prova oral, visto que no acórdão impugnado ressaltou-se que “Quando a prova oral atesta, de forma uníssona e idônea, o emprego de arma no roubo, mas não houve prisão em flagrante, é de se reconhecer a respectiva qualificadora, ante a falta de apreensão e consequente impossibilidade de perícia” (fl. 22).

Desse modo, 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.

Ante o exposto, com a ressalva do meu entendimento, **denego** a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0037485-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 164.063 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11562008 50080584659 990090736909

EM MESA

JULGADO: 03/02/2011

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ILKA SAITO MILLAN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IRINEU CORREIA FELIX FILHO (PRESO)

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, ressalvando entendimento o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

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

Brasília, 03 de fevereiro de 2011

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário