

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

***Habeas corpus* - Penal - Roubo com emprego de arma de fogo - Julgado do Superior Tribunal de Justiça em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - Desnecessidade de apreensão da arma e de perícia para a comprovação da causa de aumento - Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova - Precedentes - Ordem denegada**

1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a qualificadora do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, já que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial. Precedentes.

3. Compete ao acusado o ônus de provar que não utilizou arma de fogo ou que a arma utilizada não tinha potencialidade lesiva, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

4. Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 100.187 - MINAS GERAIS - Relatora: MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Paciente: Fábio Alves da Silva - Procurador: Defensor Público-Geral da União - Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Carlos Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 16 de março de 2010. - *Cármem Lúcia* - Relatora.

Relatório

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - 1. *Habeas corpus*, sem pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em benefício de Fábio Alves da Silva, contra o acórdão da Quinta Tur-

ma do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem nos autos do *Habeas Corpus* 116.741, Relator o Ministro Jorge Mussi.

O caso.

2. O paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal e, posteriormente, condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e de 24 dias-multa (f. 32-38).

Tem-se na sentença condenatória que:

A negativa do acusado, a meu ver, é divergente das provas produzidas nos autos, senão vejamos:

A vítima Maria Rosângela Magalhães informa à f. 10 que trabalha na Casa dos Colchões Tovazzi e, no dia dos fatos, lá chegou um elemento moreno, estatura mediana, trajando um boné e pediu que lhe mostrasse o colchão mais barato que tinha, o que foi feito; que por volta das 16h o mesmo elemento voltou e foi conversar com a gerente dizendo que queria abrir um crediário, sendo-lhe informado que era necessário um avalista; que o elemento disse que buscaria um avalista e depois retornaria; que por volta das 17h o tal elemento retornou com uma bolsinha preta nas mãos, disse que ia levar o colchão à vista e pediu um desconto; que a gerente autorizou o desconto, sendo que, ao fazer a ficha, o elemento se identificou como Márcio Gonçalves; que, quando perguntou sobre o endereço, o rapaz sacou a arma de fogo, anunciou o assalto e pediu o dinheiro; que disse que não tinha dinheiro, mas tal elemento continuou insistindo dizendo que era para andar logo porque se não atiraria; que o elemento apontou a arma para a gerente e exigiu o dinheiro, no que ela acabou pegando o que tinha no caixa e entregou ao elemento; que ele guardou o dinheiro no bolso e saiu tranquilamente; que assim que o elemento saiu da loja, acionou a PM; que a loja teve prejuízo de R\$ 150,00, em dinheiro; que reconhece o acusado como sendo o autor do roubo ocorrido na loja em que trabalha.

A testemunha Maria Estela Pereira, à f. 99, informa [...] que o acusado esteve na loja duas vezes para comprar colchão; que na terceira vez ele praticou o assalto, sendo que inicialmente apontou o revólver para a depoente; que o acusado levou R\$ 150,00 (f. 33-34).

3. Na sequência, a defesa interpôs recurso de apelação. Em 24.07.2008, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais regou-lhe provimento:

Criminal. Roubo majorado. Autoria e materialidade comprovadas. Palavra da vítima. Condenação mantida. Majorante. Decote. Impossibilidade. Pena. *Quantum*. No crime de roubo, a palavra da vítima que reconhece o réu como autor do crime, quando firme e coerente, forma alicerce suficiente para sustentar um decreto condenatório. A prova técnica pode ser dispensada quando comprovada a ocorrência do uso de arma de fogo através de dados existentes no processo. Apresentando-se as penas apropriadas, suficientes para prevenção e repressão do crime, bem como para reeducar o infrator, não há falar em modificação do *quantum* aplicado. Desprovimento ao recurso que se impõe (f. 52).

4. Contra esse acórdão foi impetrado no Superior Tribunal de Justiça o *Habeas Corpus* 116.741, Relator o Ministro Jorge Mussi. Em 24.03.2009, a Quinta Turma denegou a ordem nos seguintes termos:

Habeas corpus. Dosimetria. Roubo circunstanciado. Arma de fogo. Potencialidade lesiva. Ausência de apreensão e de exame pericial. Desnecessidade. Existência de outros meios de prova a atestar o efetivo emprego do revólver. Lesividade que integra a própria natureza do armamento. Prova em sentido contrário. Ônus da defesa. Constrangimento ilegal afastado. Manutenção da causa especial de aumento do inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

1. Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exames periciais para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Precedentes do STF.

2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo o ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.

3. Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

4. Ordem denegada (f. 69).

5. A impetrante alega que:

O paciente foi denunciado como incurso nas penas cominadas ao crime descrito no art. 157, § 2º, inc. I, do CPB.

Regularmente instruído o feito, o juízo de primeiro grau julgou procedente a denúncia, condenando o réu à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão em regime inicialmente fechado.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, alegando que a não apreensão da arma deixa dúvidas sobre a materialidade do crime, pois, sem a avaliação da mesma, não é possível averiguar a sua potencialidade lesiva.

No exame da apelação interposta pela defesa, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou provimento ao recuso interposto [...].

Preliminarmente, ressaltamos o fato de não ter sido periciada a arma empregada no roubo objeto deste processo, sequer apreendida, apesar de não a desqualificar como ameaça e nem retirar o seu potencial de intimidação para realização do tipo, certamente tem efeitos sobre a consideração da majorante do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, pela incerteza sobre sua eficácia lesiva.

Não foi apreendida arma de fogo nenhuma, e o acréscimo do art. 157, § 2º, justificou-se tão somente no depoimento da vítima, que afirmou a existência da arma. Todos sabemos que o objetivo da vítima é a condenação do réu, portanto, não há que se dar o devido valor a seu testemunho.

Ademais, a palavra da vítima também não pode por si só ensejar na aplicação da qualificadora, pois a vítima não dispõe de nenhuma formação técnica que possa precisar o potencial lesivo ou não da arma, o que só é possível por meio da realização da perícia no instrumento utilizado.

Desse modo, é indispensável a apreensão da arma com a posterior perícia técnica para afirmar com segurança sobre o potencial lesivo da mesma. Caso contrário, poderiam ocorrer situações absurdas como a de crescer uma pena pelo

uso de simulacro ou arma de brinquedo. Assim, se é indispensável que perícia técnica conclua pela potencialidade lesiva da arma para a aplicação da majorante, e ainda, considerando-se que o sistema penal prático não admite que se condene por suposições, conclui-se que, quando não realizada a perícia técnica, diferente não pode ser a solução, que não a desconsideração da agravante.

Não sendo comprovado que o instrumento utilizado pelo paciente era capaz de lesionar, não pode ele receber a mesma sanção penal daquele que pratica o crime de roubo com instrumento letal. Da mesma forma, não se pode supor que a arma utilizada no roubo tenha efetivo potencial lesivo, se não foi submetida à perícia, sendo ilegal a aplicação da agravante do § 2º, I, do art. 157 CP nessa hipótese (f. 3-4).

6. Este o teor dos pedidos:

Pelo exposto, requer seja concedida a ordem no presente *habeas corpus* para que seja excluído do cálculo da pena do paciente Fábio Alves da Silva a majorante do emprego de arma de fogo e que seja determinada a pena proporcional ao ato cometido, pois, do contrário, será negada vigência ao princípio da individualização da pena (f. 6).

7. Em 05.08.2009, não havendo pedido de medida liminar a ser apreciado, solicitei informações ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais e ao eminente Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, Relator do *Habeas Corpus* 116.741, e determinei que, prestadas as informações, fosse dada vista ao Procurador-Geral da República (f. 77-80).

8. As informações foram prestadas (f. 93 e 101-103) e a Procuradoria-Geral da República, em 09.12.2009, opinou pela denegação a ordem (f. 142-147).

É o relatório.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora) - 1. A exposição dos fatos e a verificação das circunstâncias presentes e comprovadas na ação conduzem à denegação da ordem.

2. Como relatado, o presente *habeas corpus* é impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual

para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (f. 69).

3. O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão de forma fundamentada e em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal, ao evidenciar que “não se vislumbra constrangimento ilegal a ser sanado” (f. 68).

4. É certo que, no julgamento do *Habeas Corpus* 92.871, de minha relatoria, DJe de 06.03.2009, e do

Habeas Corpus 93.353, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 12.12.2008, posicionei-me a favor da tese defendida pelo Impetrante, no sentido de ser necessária a perícia para a configuração da majorante no roubo com uso de arma. Porém, evolui meu posicionamento ao julgar o *Habeas Corpus* 94.237, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 20.02.2009, quando passei a considerar ser desnecessária a apreensão e a perícia para a configuração do roubo qualificado pelo uso de arma de fogo.

5. Esse entendimento já havia sido seguido pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal (*HC* 84.032, Rel.º Min.º Ellen Gracie, *DJ* de 30.04.2004; e *HC* 92.451, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* de 06.02.2009) e foi confirmado pelo Pleno, em 19.2.2009, no julgamento do *Habeas Corpus* 96.099, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 05.06.2009, nos termos seguintes:

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.

Nesse julgamento firmou-se o entendimento de que:

[...] não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. Sua lesividade encontra-se *in re ipsa*. Supor o contrário significa dar guarida à exceção, aquilo que normalmente não ocorre. Iria de encontro ao *id quod plerumque accidit*.

Se por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - 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. [...]

Caso o acusado pretenda contraditar o que se contém no acervo probatório 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 Código de

Processo Penal, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

Sim, porque incumbe à acusação demonstrar os fatos criminosos imputados ao acusado, cabendo a este, contudo, caso o alegue, provar eventual causa excludente de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade ou extintiva de punibilidade.

Como se sabe, a lei processual civil e penal outorga à parte o direito e, ao mesmo tempo, a obrigação de demonstrar fato que alega em seu interesse. Não seria razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego tiver sido 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.

Ademais, 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, como sangramentos e fraturas, não sendo raros, na crônica policial e forense, os relatos de coronhadas e chuçadas desferidas com cabos e canos de revólveres, pistolas e artefatos afins, contra vítimas inermes. Sublinho, por oportuno, que o art. 157, § 2º, I, alude a 'violência ou ameaça [...] exercida com emprego de arma', não especificado a sua natureza, se de fogo ou de outra espécie.

[...]

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 Código Penal dificilmente possa ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Significaria, em suma, beneficiá-lo com a própria torpeza, hermenêutica essa que não se coaduna com a boa aplicação do Direito.

6. Dito isto, observo que a sentença condenatória (f. 33-34), confirmada no julgamento do recurso de apelação da defesa pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (f. 52-55), fundamentou-se no depoimento da vítima Maria Rosângela Magalhães e da testemunha Maria Estela Pereira, para aplicar a causa de aumento de pena consistente no uso de arma. Assim, havendo prova, ainda que diversa da pericial, que demonstre o uso de arma de fogo, deve a majorante ser aplicada.

7. Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de denegar a ordem.

Extrato de ata

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 16.03.2010.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Fabiane Duarte - Coordenadora.

(Publicado no *DJe* de 16.04.2010.)

• • •