

03/02/2009

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 96.099-5 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACIENTE(S) : LUIZ ANTÔNIO DE MELLO VIEGAS
IMPETRANTE(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de LUIZ ANTÔNIO DE MELLO VIEGAS, contra decisão proferida pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Resp 805.440-AgRg/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti.

Narra a impetrante, em suma, que o paciente foi denunciado pela prática de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de pessoas (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal), sendo condenado à pena de cinco anos, seis meses e vinte dias de reclusão em regime inicial fechado (fl. 2).

Afirma que, no exame da sua apelação, o TJRS reformou a sentença para excluir a majorante do emprego de arma de fogo uma vez que ela não foi apreendida.

Registra, ainda, que, após o *Parquet* estadual apresentar recurso especial, o STJ reformou o acórdão e entendeu desnecessária a apreensão ou perícia na arma de fogo para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo, quando outros elementos comprovam sua utilização.

Dessa decisão foi interposto agravo regimental, o qual restou improvido. Eis a ementa da decisão (fl. 101):

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO OU PERÍCIA.

1. *Pacífico o entendimento desta Corte de que, para a caracterização da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, não se exige que a arma de fogo seja periciada ou apreendida, desde que comprovado, por outros meios, que foi efetivamente utilizada para intimidar a vítima.*

2. *Agravo regimental a que se nega provimento.*"

Sustenta a impetrante, em síntese, a inaplicabilidade da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 - violência ou ameaça exercida com o emprego de arma - uma vez que o instrumento não foi apreendido e, portanto, não foi provado o seu potencial lesivo (fl. 4).

Afirma, mais, ser indispensável a realização de perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma, de maneira a ensejar a aplicação da majorante.

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja excluída do cálculo da pena a circunstância do emprego da arma de fogo (fl. 15).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opinou pelo indeferimento da ordem pleiteada (fls. 109-120).

Em 3/2/2009, a Primeira Turma afetou o processo ao Plenário.

É o relatório.

03/02/2009

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 96.099-5 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator):
Bem examinados os autos, tenho que é caso de denegação da ordem.

Quanto à questão versada nos autos, o STF já se pronunciou algumas vezes em sentido contrário à pretensão veiculada na inicial. Veja-se, *verbi gratia*, na Primeira Turma o HC 93.353/SP, de minha relatoria e, na Segunda Turma, o HC 94.448/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

Desse modo, o pleito referente à exclusão da causa especial de aumento de pena relativa ao emprego de arma no delito de roubo não pode ser atendido.

Com efeito, 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 significaria dar guarida à exceção, àquilo 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.

E no caso sob exame, o depoimento da vítima é firme nesse sentido, conforme se observa de trecho retirado da sentença, abaixo transcrito:

*"Luiz Carlos Jacoby, vítima, aduziu que '... acompanhado de sua esposa e um menino que estava internado na fazenda Senhor Jesus (tratamento para drogados), estavam no Fiat Pálio, placas AP 2211, no Morro do Paula, na estrada das Pedreiras, defronte o Bar Santa Clara quando quatro indivíduos saíram do interior do referido bar, **todos de revólver em punho**, se aproximaram do veículo do depoente e anunciaram o assalto. O indivíduo que abordou o depoente foi LUIZ ANTÔNIO DE MELLO VIEGAS, vulgo 'Tonho'... ato contínuo assumiu a direção do veículo Pálio, e os outros indivíduos entraram no veículo e saíram em direção aos becos no Morro do Paula. Que passada 01:30h, os indivíduos abandonaram o veículo do depoente na Pedreira dos Mello...' (fl. 22).*

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, antijuricidade, culpabilidade ou extintiva da 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.

A hipótese não guarda 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 Código Penal, porquanto a ameaça contra a vítima restringe-se apenas ao plano psicológico, diante da impossibilidade material de que lhe sobrevenha qualquer mal físico.

Esta Suprema Corte, ademais, já afastou, expressamente, a tese veiculada pela defesa neste writ, no julgamento, pela Segunda Turma, do Habeas Corpus 84.032-9/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, assim ementado:

"ROUBO. USO DE ARMA DE FOGO (CP. ART. 157, § 2º, I)

1. A qualificadora de uso de arma de fogo (CP. ART. 157, § 2º, I) independe da apreensão da arma, principalmente quando, como ocorreu nos autos, a arma foi levada pelos comparsas que conseguiram fugir."

Naquele julgamento ficou assentado que o emprego de arma de fogo no assalto a um estabelecimento bancário -

embora não tenha sido ela recuperada - foi comprovado por testemunhas, sendo assim apto a caracterizar a respectiva qualificadora, repelindo-se, no acórdão, o precedente invocado pelo impetrante, "*que cuidou de crime praticado com arma de brinquedo*".

Não se olvide, de resto, que constitui dever da autoridade judicial não apenas zelar para que os direitos fundamentais do acusado sejam estritamente respeitados, mas também velar para que a norma penal seja aplicada com vistas à prevenção do crime e ao cerceamento da delinqüência.

Nesse sentido, observa Guilherme de Souza Nucci, a política criminal - da qual o magistrado também é um executor - exige uma "*postura crítica permanente do sistema penal, tanto no campo das normas em abstrato quanto no contexto da aplicação das leis aos casos concretos, implicando, em suma, na postura do Estado no combate à criminalidade*".¹

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

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 59.

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-los com a própria torpeza, hermenêutica essa que não se coaduna com a boa aplicação do Direito.

Isso posto, denego a ordem.