CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA EM ARMA DE FOGO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO ART. 157, §2º, INCISO I DO CÓDIGO PENAL

Alcina Mariana da Silva Goes Martins, Bacharela em Direito, formada pela Universidade Federal de Sergipe. Técnica Judiciária e Assessora do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Nossa Senhora do Socorro/SE.

RESUMO: O presente estudo visa abordar a incidência da causa de aumento inserida no art. 157, §2º inciso I do Código Penal, trazendo uma análise jurisprudencial e doutrinária acerca do tema, diante da controvérsia acerca da necessidade de realização de exame pericial na arma de fogo utilizada pelo agente na consumação do delito de roubo. Aborda as principais teorias sobre tal majorante e aponta o atual e majoritário entendimento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Roubo; perícia; arma de fogo.

ABSTRACT: This study aims to address the cause of increased incidence inserted in art. 157, § 2 paragraph I of the Criminal Code, providing an analysis of jurisprudence and doctrine on the subject, before the controversy about the need to conduct forensic examination on the firearm used by the agent in the consummation of the crime of theft. Discusses the main theories on this upper bound and indicates the current understanding and majority of the Superior Court and Supreme Court.

KEYWORDS: Theft; forensic; firearm.

1. INTRODUÇÃO

O crime de roubo, tipificado no art. 157 e parágrafos do Código Penal (CP), está topograficamente localizado no Título II da Parte Especial do mencionado diploma legislativo, dedicado aos crimes praticados contra o patrimônio.

Doutrinariamente, o crime de roubo é classificado próprio e impróprio. O primeiro encontra-se disciplinado no *caput* do art. 157 do CP, o qual comina pena de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa ao agente que subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

Já o roubo impróprio, previsto no art. 157, §1º do CP, sanciona com a mesma pena do roubo próprio aquele que, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

Nos dizeres de Rogério Greco[1], no roubo próprio "há no agente a intenção, o dolo de praticar, desde o início, a subtração violenta (aqui abrangendo a violência contra pessoa ou a grave ameaça como meio para a prática do roubo)", ao passo que no roubo impróprio, segundo o mesmo autor[2], "a finalidade inicialmente proposta pelo agente era a de levar a efeito uma subtração patrimonial não violenta (furto), que se transformou em violenta por algum motivo durante a execução".

O mesmo art. 157 do Código Repressivo Pátrio traz nos incisos do §2º as chamadas causas especiais de aumento de pena, também denominadas pela doutrina de majorantes, as quais serão consideradas pelo Juiz na sentença condenatória, na terceira fase da dosimetria da pena, segundo o critério trifásico estabelecido pelo art. 68 do mesmo diploma, em se tratando de roubo próprio ou impróprio.

Este é o pensamento de Masson[3], abaixo colacionado, *in verbis*:

> A posição geográfica em que se encontram as majorantes (§2º) revela a intenção do legislador em permitir suas incidências ao roubo próprio (*caput*) e ao roubo impróprio (§1º). Não se aplicam, por igual motivo, às modalidades de roubo qualificado delineadas pelo §3º(roubo qualificado pela lesão corporal grave ou pela morte).

---

[1] GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 408.

[2] Idem. Ibidem, p. 408.

[3] MASSON, Cleber Rogerio. *Direito penal esquematizado*: parte especial. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 98.

Em que pese seja usual na doutrina e jurisprudência a expressão "roubo qualificado", designada para classificar também o art. 157, §2º e incisos do CP, tem-se que tal locução é equivocada para a hipótese. Ora, em verdade, o dispositivo encerra causas de aumento de pena ou majorantes, como dito alhures, aí residindo sua natureza jurídica. Tecnicamente, não se tratam de qualificadoras, as quais constituem delito autônomo, a exemplo do latrocínio, previsto no art. 157, §3º do Código de Iras.

Nessa senda, o percuciente penalista Cezar Roberto Bitencourt[4] preleciona:

> As circunstâncias enunciadas no §2º do art. 157 constituem simples majorantes ou, se preferirem, causas de aumento de pena. As qualificadoras constituem verdadeiros tipos penal – derivados -, com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem sua variação, mantendo os mesmos limites, mínimo e máximo. Ademais, as majorantes funcionam como modificadoras somente na terceira fase do cálculo da pena, ao contrário das qualificadoras, que fixam novos limites, mais elevados, dentro dos quais será estabelecida a pena-base.

Nesse diapasão, ensina Fernando Faria[5]:

> Vale dizer, a conduta descrita no art. 157, § 2º, inciso I, é de forma equivocada chamada roubo qualificado pelo emprego de arma. Frisa-se que apesar desse "nomen iuris" encontrar respaldo na jurisprudência, não se trata de qualificadora alguma, mas sim de causa de aumento de pena. A lei penal não fixa novos limites

---

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Parte Especial. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.

[5] FARIA, Fernando César. *A não incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I, § 2°do art. 157do Código Penal ante a ausência de apreensão e perícia da arma de fogo*. Disponível em: < http://www.anajus.org/home/index.php?option=com_content&view=article&id=523%3A22072009-a-nao-incidencia-da-causa-de-aumento-de-pena-prevista-no-inciso-i-s-2d-do-art-157-&catid=23%3Aartigos&Itemid=35>. Acesso em: 18 abril 2011.

> de pena (mínimo e máximo - traço característico dos tipos derivados-qualificados). Determina que seja aumentado à pena um montante, que sempre há de ser taxativo em forma de percentagens (frações de, p. ex., 1/6, 1/3, 1/2 etc.). Assim, o correto é aduzirmos que se trata de uma causa de aumento de pena, e para tanto aduzir que se trata de um "roubo majorado" ou "circunstanciado".

Assim posta a terminologia técnica acerca do dispositivo em comento, o presente estudo visa analisar, em especial, a causa de aumento inserida no art. 157, §2º inciso I do CP, que determina que a pena do réu será aumentada de 1/3(um terço) até metade se a violência ou ameaça for exercida com emprego de arma.

O conceito da arma mencionada pela lei penal abrange tanto a arma própria[6], assim entendida como aquela que tem a função primordial de ataque ou defesa, a exemplo das armas de fogo (revólveres, pistolas, fuzis etc), armas brancas (punhais, estiletes etc) e os explosivos (bombas, granadas etc), bem como as impróprias, cuja função precípua não se consubstancia em ataque ou defesa, mas em outra finalidade qualquer (faca de cozinha, taco de beisebol, barras de ferro, arco e flecha[7], lança, trabuco, bacamarte etc).

Analisando os elementos do tipo, Fernando Capez[8] destaca que para que se considere efetivamente empregada a arma, deve o agente manejá-la, "não bastando o porte ostensivo, pois este serve apenas para configurar a grave ameaça, meio executório do crime de roubo". E continua afirmando que "é necessário que o agente a aponte em direção à vítima ou a engatilhe, de modo a colocar em risco a sua incolumidade física"[9].

Com a devida vênia à tese do ilustre professor, não perfilhamos deste entendimento. Com efeito, o verbo "empregar" constante no tipo traduz a ideia de que o agente deve fazer uso da arma de fogo como forma de compelir

---

[6] GRECO, Rogério. Op. Cit, p. 410.

[7] PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. V. 2. Parte Especial (arts. 121 a 361). 2ª. Ed. Revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 175.

[8] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. V.2. *Parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos* (arts. 121 a 212). 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 472.

[9] Op. Cit., p. 472.

a vítima a entregar a *res* que intenciona subtrair. Ora, não há como afastar a majorante quando o agente porta a arma de forma ostensiva, uma vez que tal porte é suficiente para intimidar a vítima, ocasionando-lhe maior pavor. Assim, não é necessário, portanto, que o agente aponte a arma para a vítima ou que a engatilhe, bastando que porte o artefato de forma ostensiva.

No que tange especificamente ao emprego de arma de fogo, a aplicação do dispositivo tem ocasionado intensa divergência doutrinária e jurisprudencial. Há vozes de renome que defendem a não incidência de tal majorante, em caso de inexistência de prova pericial que ateste a potencialidade lesiva da arma, ao passo que há quem entenda que o uso desta, corroborado por outros meios de prova tais como a testemunhal, seria suficiente para ensejar a aplicação da referida causa de aumento de pena, dispensando a realização da perícia.

Nessa senda, o presente artigo visa abordar, de forma sucinta, os principais aspectos das mencionadas correntes antagônicas, trazendo, de outro passo, uma breve análise evolutiva da jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme será detalhado a seguir.

2. A *RATIO ESSENDI* DA MAJORANTE RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA NO CRIME DE ROUBO

Antes de adentrarmos no cerne da questão acerca da necessidade ou não da realização da perícia na arma de fogo para fins de incidência da causa de aumento, se faz mister tecer alguns comentários sobre o fundamento da referida majorante.

A doutrina penalista brasileira ainda não atingiu um consenso acerca da *ratio essendi* que inspirou o legislador a elaborar a causa de aumento inserida no art. 157, §2º inciso I do CP. Qual seria o fundamento da majorante? O que visou reprimir e tutelar o legislador?

Para os adeptos do critério subjetivo, a razão de ser da citada majorante reside no maior poder de intimidação que o artefato exerce sobre a vítima, sendo despicienda a averiguação da sua efetiva potencialidade lesiva. Entre nós, Fernando Capez[10] expressamente adota este entendimento, afirmando que:

> O fundamento dessa causa de aumento é o poder

[10] CAPEZ, Fernando. Op. Cit, p. 471.

> intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, anulando-lhe a sua capacidade de resistência. Por essa razão, não importa o poder vulnerante da arma, ou seja, a sua potencialidade lesiva, bastando que ela seja idônea a infundir maior temor na vítima e assim diminuir a sua possibilidade de reação. Trata-se, portanto, de circunstância subjetiva.

E prossegue concluindo que[11] "o que vale é a idoneidade para assustar, intimidar, fazer o ofendido sentir-se constrangido. Somente não deve incidir a causa de aumento se o simulacro for tão evidente que se torne inidôneo até mesmo para intimidar, aplicando-se, nesse caso, o art. 17 do CP, que trata do crime impossível."

Em sentido oposto, a corrente doutrinária capitaneada por penalistas de escol tais como Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Flávio Gomes, defende a aplicação do critério objetivo para fins de incidência da majorante prevista no art. 157, §2° inciso I do CP.

De acordo com tal corrente, apenas quando a arma utilizada pelo agente na consumação do delito tenha aptidão para ofender a integridade física da vítima é que a causa de aumento poderá ser considerada pelo Juiz na dosimetria da pena do acusado. Defendem, assim, que a arma deve possuir efetiva potencialidade lesiva.

Nesse diapasão, Bitencourt[12] leciona que "o fundamento dessa majorante reside exatamente na maior probabilidade de dano que o emprego de arma (revólver, faca, punhal etc.) representa e não no temor maior sentido pela vítima. Por isso, é necessário que a arma apresente idoneidade ofensiva, qualidade inexistente em arma descarregada, defeituosa ou mesmo de brinquedo."

Em sentido semelhante, Luiz Flávio Gomes[13] nos ensina que:

> Potencialidade lesiva (da arma), que deve ser devidamente comprovada no processo, não se confunde com poder de intimidação (da mesma

[11] Idem. Ibidem, p. 471.

[12] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit, p. 169.

[13] GOMES, Luiz Flávio. *Roubo: aumento de pena. Uso de arma de fogo. Desnecessidade da perícia*. Disponível em:< http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 17 abril 2011.

> arma). A criminalização da arma de fogo e a sua incidência como causa de aumento de pena, não tem como fundamento esse poder de intimidação (fundado nas teorias subjetivistas, que alimentam o danoso *Präventionstrafrecht*), senão a sua potencialidade lesiva concreta (teorias objetivistas, que demarcam o *Verletzstrafrecht*).

Há, ainda, uma terceira corrente, que ora denominaremos de corrente mista, na medida em que agrega os pilares das correntes objetiva e subjetiva, perfazendo um verdadeiro *tertium genus,* meio-termo entre as duas primeiras teorias elencadas.

A corrente mista considera que a pena do agente que utiliza arma de fogo para consumar o delito de roubo deverá ser majorada em virtude de dois fundamentos, são eles: o maior poder de intimidação que o artefato exerce sobre a vítima, reduzindo-lhe a capacidade de resistência, conjugado à potencialidade lesiva da arma, que deve ser capaz de produzir efetivo risco à integridade física do ofendido.

Adepto da teoria mista, Rogério Greco[14], ao analisar a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, §2º inciso I do Código Repressivo, assevera que:

> O emprego da arma agrava especialmente a pena em virtude de sua potencialidade ofensiva, conjugada com o maior poder de intimidação sobre a vítima. Os dois fatores, na verdade, devem estar reunidos para efeitos de aplicação da majorante. Dessa forma, não se pode permitir o aumento de pena quando a arma utilizada pelo agente não tinha, no momento da sua ação, qualquer potencialidade ofensiva por estar sem munição ou mesmo com um defeito mecânico que impossibilitava o disparo. Embora tivesse a possibilidade de amedrontar a vítima, facilitando a subtração, não poderá ser considerada para efeitos de aumento de pena, tendo em vista a completa impossibilidade de potencialidade lesiva, ou seja, a de produzir dano superior ao que normalmente praticaria sem o seu uso.

[14] Op. Cit., p. 410.

Seguindo a linha de pensamento da corrente mista, Cleber Masson[15] aduz que "o aumento da pena se justifica por dois motivos: (a) maior risco à integridade física e à vida do ofendido e de outras pessoas e (b) facilitação na execução do crime, uma vez que o emprego de arma acarreta maior temor à vítima, reduzindo ou eliminando sua possibilidade de defesa."

Além do dissenso doutrinário, destaque-se, por fim, a existência de divergência jurisprudencial acerca da adoção das teorias objetiva e subjetiva. Com efeito, em um primeiro momento, o critério subjetivo inspirou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) na edição do verbete sumular n° 174 em 23/10/1996. De acordo com o texto original do entendimento sumulado, "no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena."

Em que pese o artefato não apresentar potencialidade lesiva, pois de brinquedo, prestava-se a majorar a pena do acusado que a empregasse no crime de roubo. Corroborando essa afirmação, trazemos à baila a ementa do REsp nº 33003/SP, um dos precedentes da Corte Cidadã que ensejou a edição da Súmula nº 174, *in verbis:*

> PENAL. ROUBO. MAJORANTE. AMEAÇA COM ARMA DESCARREGADA. CP, ART. 157, PARAGRAFO 2., I. INTIMIDAÇÃO DA VITIMA.
> - A ameaça com arma ineficiente ou com arma de brinquedo, quando ignorada tal circunstância pela vítima, constitui causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, parágrafo 2º, I, do Código Penal, pois tal conduta é suficiente para causar a intimidação da vítima.
> - Recurso Especial conhecido e provido.

No entanto, em 24/10/2001, julgando o RESP 213.054-SP, a Terceira Seção do STJ deliberou pelo cancelamento do mencionado verbete, influenciada, desta vez, pela teoria objetiva. Restou assente que, inexistindo potencialidade ofensiva do artefato, responderá o agente pelo roubo simples e não pelo roubo circunstanciado (art. 157, §2º, inciso I do CP).

Nas palavras do ilustre Relator, Min. José Arnaldo da Fonseca:

---

[15] Op. Cit., p. 98.

> O entendimento consubstanciado no enunciado nº 174-STJ também ofende o princípio do *ne bis in idem*, pois a intimidação da vítima mediante o emprego da arma de brinquedo já configura a "grave ameaça" que é elemento típico do roubo simples (art. 157, caput, ou § 1º, do CP), ou seja, a arma de brinquedo esgota a sua eficácia intimidativa na configuração do próprio injusto penal. O agente só consegue intimidar a vítima porque está empregando a arma de brinquedo. Mas vencer a resistência da vítima, mediante grave a ameaça, é da essência do crime de roubo, de forma que o emprego da arma de brinquedo ou simulacro de arma não pode servir, simultaneamente, para caracterizar o roubo (em seu tipo básico) e, sem qualquer outro motivo relevante, fazer incidir a causa especial de aumento de pena previsto no § 2º, inciso I, do CP.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), havia intensa divergência entre a 1ª e a 2ª Turma acerca da *ratio essendi* da causa de aumento ora estudada. Recentemente, contudo, o tema foi pacificado, com a consolidação majoritária pelo Plenário do STF da corrente subjetiva, quando do julgamento do HC 96099-5/RS, conforme será analisado com mais vagar adiante.

Pois bem. Assim postas as principais teorias sobre os fundamentos da majorante do emprego de arma no crime de roubo, passemos a analisar o entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias acerca da necessidade ou não de realização de perícia no artefato.

3. DA NECESSIDADE DO EXAME PERICIAL EM ARMA DE FOGO PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO ROUBO CIRCUNSTANCIADO

Afinal, tendo em conta os argumentos expostos pelas teorias subjetiva, objetiva e mista, é dispensável ou não a confecção de laudo pericial que ateste a potencialidade ofensiva do artefato para que a causa de aumento de pena inserta no art. 157, §2º inciso I do CP seja considerada pelo Juiz na terceira fase da aplicação da sanção?

A resposta para tal questionamento está umbilicalmente ligada à teoria

adotada pelo operador do Direito que pretenda analisar o tema, teoria esta de onde o estudioso retirará as respectivas premissas lógicas e obterá, ao final da apreciação, o posicionamento que melhor lhe convença.

Para os estudiosos filiados ao critério subjetivo, partindo do axioma de que o uso da arma de fogo provoca maior poder de intimidação sobre o ofendido[16], "bastará tão somente qualquer meio de prova que comprove ao julgador que foi utilizado na ação criminosa qualquer instrumento parecido com uma arma." No entendimento desta corrente doutrinária, é dispensável a perícia no artefato, uma vez que não consideram o poder vulnerante deste como fundamento do roubo circunstanciado.

Assim, ainda que não apreendida e não periciada a arma de fogo, existindo outros meios de prova que atestem o uso pelo agente daquele instrumento para a consumação do delito, haverá de incidir a majorante em análise, pois a arma facilitou o maior êxito na empreitada criminosa, amedrontando a vítima.

De outro passo, partindo da premissa estabelecida pelos adeptos da corrente objetiva de que a arma utilizada pelo agente na prática do crime de roubo deve ter potencialidade lesiva, ou, em outras palavras, ser idônea a ofender a incolumidade física da vítima, para que então possa ser considerada pelo Magistrado na sentença condenatória como causa de aumento de pena do réu, tem-se que será necessário o exame pericial.

Em virtude de os defensores dessa corrente limitarem o fundamento da majorante ao efetivo poder lesivo do artefato, torna-se indispensável a realização de perícia neste último, por meio da qual será aferido se a arma possuía aptidão para produzir disparos, se estava municiada ou mesmo se era de brinquedo.

Discorreu brilhantemente acerca do tema, a Min. Jane Silva do Colendo STJ, relatora do HC 89.518/SP, *ipsis litteris:*

> Vejo que o legislador pretendeu agravar a pena daquele que utiliza arma de fogo devido à possibilidade real que o uso de tal objeto pode acarretar à vítima e ao bem jurídico tutelado. Para o fim de apenar aquele

[16] CELIDONIO, Guilherme. *Da análise da aplicação da causa de aumento de pena do roubo(art. 157, §2º, I) quando a arma do crime não é apreendida*. Disponível em:< http://jus.uol.com.br/revista/texto/7472/da-analise-da-aplicacao-da-causa-de-aumento-de-pena-do-roubo-art-157-2o-i-quando-a-arma-do-crime-nao-e-apreendida>. Acesso em: 17 abril 2011.

> que subtrai coisa alheia móvel com o emprego de violência ou ameaça, existe a conduta descrita no caput do artigo 157, delito de roubo; para apenar mais gravemente aquele que ameaça ou utiliza violência com emprego de arma de fogo o legislador criou a causa de aumento do inciso I do referido artigo, sendo necessário, nesse último caso, que fique comprovada a eficácia da arma usada, senão, não faria sentido a previsão legal diferenciada. Se a arma não é apreendida e periciada nos casos em que não se pode aferir a sua eficácia, não há como a acusação provar que ela poderia lesionar mais severamente o bem jurídico tutelado, caso em que configura-se o crime de roubo, por inegável existência de ameaça, todavia, não se justifica a incidência da causa de aumento, que se presta a reprimir de forma mais gravosa àquele que atenta gravemente contra o bem jurídico protegido.

Segundo a Ministra Jane Silva, a apreensão e perícia da arma de fogo são necessárias em virtude da mesma raiz hermenêutica que inspirou a revogação da Súmula n. 174 do STJ, já mencionada linhas atrás. E prossegue argumentando:

> Ora, a referida Súmula que, anteriormente, autorizava a exasperação da pena quando do emprego de arma de brinquedo no roubo tinha como embasamento teoria de caráter subjetivo. Autorizava-se o aumento da pena em razão da maior intimidação que a imagem da arma de fogo causava na vítima. 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 exegética 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. Afinal, sem

> a apreensão, como seria possível dizer que a arma do paciente não era de brinquedo ou se encontrava desmuniciada? Sem a perícia, como seria possível dizer que a arma do paciente não estava danificada? Logo, à luz do conceito fulcral de interpretação e aplicação do Direito Penal - o bem jurídico - não se pode majorar a pena pelo emprego de arma de fogo sem a apreensão e a realização de perícia para se determinar que o instrumento utilizado pelo paciente, de fato, era uma arma de fogo, circunstância apta a ensejar o maior rigor punitivo. Assim, por entender que o emprego de arma de fogo trata-se de circunstância objetiva, é imperiosa a aferição da idoneidade do mecanismo lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e consequente elaboração do exame pericial.

Na mesma linha de pensamento da teoria objetiva, Luiz Flávio Gomes[17], defende que:

> Dizer que a arma de fogo, por si só, já significa lesividade não passa de uma mera presunção. O juiz parte de uma presunção que pode não ser verdadeira. Claro que a arma de fogo, que está em condições de ser usada, já representa um concreto perigo. Mas é preciso comprovar que está em condições de ser usada. Ou se faz a perícia, ou se comprova isso de outra maneira (por exemplo: se houve um disparo). Não havendo prova concreta da potencialidade lesiva da arma, tudo não passa de presunção do juiz. E no direito penal não se admite presunções contra o réu. Nada é mais presuntivo que o equívoco de uma presunção. O ânimo punitivo do juiz não pode chegar ao extremo de julgar um caso com base numa presunção sua. O limite máximo do julgamento reside na comprovação concreta daquilo que serve de base para uma condenação penal.

[17] Gomes, Luiz Flávio. *Roubo com arma de fogo: prova da potencial lesividade*. Disponível em: < http://www.blogdolfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/roubo-com-arma-de-fogo-prova-da-potencial-lesividade/. Acesso em: 17 abril 2011.

No âmbito do STJ, o tema acerca da necessidade ou não de realização da perícia na arma de fogo suscitou divergência durante longo tempo entre as Turmas Criminais do Tribunal (5ª e 6ª Turmas). Para a 5ª Turma, havendo outros meios de prova, tais como declaração da vítima ou prova testemunhal, que corroborem o uso da arma pelo agente na empreitada criminosa, dispensável é a confecção de laudo pericial que ateste a potencialidade lesiva do artefato.

Amparando tal entendimento, o julgado assim ementado:

> HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO ART. 157, § 2º, I E II DO CPB). PENA FIXADA: 8 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E CONSEQUENTE PERÍCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA APLICADA PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO POR MEIO DE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTE DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A impossibilidade de apreensão e a consequente perícia da arma de fogo utilizada no roubo não afasta a configuração da causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. 2. Havendo nos autos oficiais comprovando a reincidência do paciente, não há falar em necessidade absoluta de existência de certidão cartorária judicial, sendo bastante a presença de folha de antecedentes criminais que demonstrem claramente o trânsito

> em julgado da sentença condenatória, tal como se dá na espécie.
> 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
> 4. Ordem denegada. (HC 141705/MS, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Data do Julgamento: 21/10/2010).

A 6ª Turma, contudo, reputava ser indispensável a realização da perícia para fins de incidência da majorante prevista no art. 157, §2º inciso I do CP, não considerando suficiente a palavra da vítima ou relatos das testemunhas:

> HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE AGRAVADO. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. NECESSIDADE. DECLARAÇÕES DE VÍTIMA OU TESTEMUNHA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. Esta Sexta Turma firmou o entendimento segundo o qual, para incidir a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se faz necessária a apreensão da arma para que se possa realizar a perícia e comprovar sua potencialidade lesiva.
> 2. As declarações das vítimas ou das testemunhas, por si sós, não são suficientes para a incidência da causa de aumento pelo emprego de arma de fogo, no caso concreto.
> 3. Ordem concedida, para arredar da condenação do paciente a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, fixando-se a fração de aumento no mínimo de um terço. (Habeas Corpus nº 174.868/SP, Relator para o acórdão: Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP. Data de Julgamento: 16/11/2010).

De igual forma, verificou-se a controvérsia jurisprudencial sobre o tema ora estudado entre a 1ª e a 2ª Turmas do Guardião da Constituição,

antes da consolidação pelo Plenário do STF da corrente subjetiva. Com efeito, a 1ª Turma dispensava a perícia, enquanto a 2ª Turma a considerava imprescindível. Confiram-se os julgados exemplificativos do referido dissenso:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. ARMA NÃO APREENDIDA. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS. VALOR PROBANTE. REICIDÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ORDEM DENEGADA. 1. Na falta de apreensão da arma de fogo, mas comprovado o seu emprego por outros meios de prova, não há que se desclassificar o delito para roubo simples. 2. A incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP se explica pela maior capacidade de intimidação e consequente rendição da vítima, provocada pelo uso de arma de fogo. Precedentes. 3. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de questão não examinada nas instâncias anteriores. A alegação inconstitucionalidade da reincidência não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada. (HC 95616/RS. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 11/11/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma).

> 1. AÇÃO PENAL. Interrogatório. Não comparecimento do representante do Ministério Público. Irrelevância. Nulidade só arguida em revisão criminal. Preclusão consumada. Inexistência, ademais, de prejuízo à defesa. Nulidade processual não reconhecida. Precedente. Argüida apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, toda nulidade relativa é coberta pela preclusão.
> 2. AÇÃO PENAL. Condenação. Delito de roubo. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Pena.

> Majorante. Emprego de arma de fogo. Instrumento não apreendido nem periciado. Ausência de disparo. Dúvida sobre a lesividade. Ônus da prova que incumbia à acusação. Causa de aumento excluída. HC concedido para esse fim. Precedentes. Inteligência do art. 157, § 2º, I, do CP, e do art. 167 do CPP. Aplicação do art. 5º, LVII, da CF. Não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, a título de emprego de arma de fogo, se esta não foi apreendida nem periciada, sem prova de disparo. (HC 95142/RS. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 18/11/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma).

Diante do evidente dissenso no âmbito da Corte Suprema e considerando a necessidade de pacificar o entendimento do Tribunal, o tema foi afetado ao Plenário do STF, resultando na consolidação da desnecessidade de realização de perícia na arma de fogo quando atestado o uso do artefato por outros meios de prova, nos autos do HC 96.099-5/RS de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19/02/2009.

Considerou-se na ocasião que a lesividade da arma de fogo decorreria *in re ipsa*, ou seja, da própria natureza desta, presunção que incumbe ao réu afastar. Pela clareza das palavras, transcrevemos trecho do voto do preclaro Ministro:

> 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 e 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.

Segundo o Ministro Lewandowski, não seria razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando seu emprego restar demonstrado por outros meios de prova, notadamente quando a arma de fogo desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece em delitos dessa natureza. No mencionado julgamento do *writ*, prosseguiu afirmando que a arma de fogo, ainda que desprovida de potencialidade lesiva, poderia ser utilizada pelo agente para perpetrar violência física contra a vítima, enquanto instrumento contundente apto a produzir lesões graves como sangramentos e fraturas, através de coronhadas e chuçadas desferidas com cabos e canos dos artefatos, entendimento que fora esposado pela maioria dos Ministros presentes, com a adoção da teoria subjetiva.

Recentemente, a Terceira Seção do STJ, nos autos dos Embargos de Divergência em RESP nº 961.863/RS, cujo acórdão foi prolatado em 13.12.2010, considerando existir dissenso entre as Turmas Criminais do Sodalício, firmou entendimento de que não é necessária a perícia, uma vez que a arma é em si efetivamente capaz de produzir dano ou lesão, independendo da prova da potencial lesividade, seguindo a linha adotada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, quanto ao acolhimento da corrente subjetiva.

Nos termos do voto vencedor de lavra do Min. Gilson Dipp:

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

No entanto, frise-se que, em que pese ter a Terceira Seção sedimentado a tese subjetiva conforme alhures mencionado, não se pode afirmar que a

teoria subjetiva foi acolhida de forma pacífica pelas duas Turmas do STJ, uma vez que ainda se colhem julgados dos órgãos fracionários da Corte Cidadã com clara influência da teoria objetiva. Com efeito, recentemente a 5ª Turma do STJ decidiu que acaso efetivamente apreendida a arma e concluindo a perícia que aquela não possuía ofensividade, será afastada a majorante prevista no art. 157, §2º inciso I do CP, caso em que o agente responderá pelo roubo simples, não obstante o efetivo uso de arma de fogo pelo réu na consumação do delito (HC 190.313/SP e 188.321/MG, julgados pela 5ª Turma em 17/03/2011).

Demais disso, sobreleva destacar que há julgado da 6ª Turma do STJ que afastou a aplicação da causa de aumento quando verificada a ausência de munição na arma utilizada pelo agente, dando primazia à potencialidade lesiva do artefato, também caracterizando o acolhimento da teoria objetiva (HC 177.133/SP, julgado em 03/02/2011).

Do exposto, verifica-se que no âmbito do STF o atual entendimento prevalecente é que não apreendida e periciada a arma de fogo, mas atestado seu uso pelo acusado na empreitada criminosa por outros meios de prova, incidirá a causa de aumento prevista no art. 157, §2º inciso I do CP, notadamente quando as testemunhas afirmarem ter o réu efetuado disparos, posição majoritária também no Superior Tribunal de Justiça.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora sedimentado o tema no âmbito do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, tem-se que doutrinariamente a questão está longe de ser pacificada. Duras críticas foram lançadas contra a decisão do Plenário do STF, que fora acompanhada pela 3ª Seção do STJ.

Nesse sentido, há quem considere errônea a adoção da teoria subjetiva pelo STF, em virtude de considerarem que somente a arma eficaz e apta a produzir disparos é que poderá lesionar o bem jurídico tutelado pela majorante em estudo. Pela clareza das palavras, transcrevo-as[18]:

> Entendemos correta a posição majoritária, segundo a qual se deve recorrer ao critério objetivo para

[18] WOLFF, Tatiana Konrath. *Emprego de arma no crime de roubo***.** Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17081>. Acesso em: 17 abril 2011.

> aplicar a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I do CP. Isto porque se impõe a observância do princípio da ofensividade, princípio constitucional implícito e derivado da dignidade da pessoa humana, comumente resumido na máxima *nullum crimen sine iniuria*. Ou seja, não haverá relevância penal em comportamentos que não ponham em risco ou lesionem bens jurídicos penais.

Há quem combata o entendimento do STF argumentando ainda que a incidência da majorante inserta no art. 157, §2º inciso I do CP na hipótese de a arma não ter potencialidade lesiva poderia ainda configurar *bis in idem*, pois a grave ameaça já integra o tipo do roubo simples (art. 157, caput, CP)[19]:

> [...]Contudo, entendemos que a mesma assertiva não pode ser dispensada simultaneamente ao bem jurídico protegido pela causa especial de aumento de pena, haja vista a incidência de dupla valoração para o mesmo fato. Sendo assim, aumentar a pena nos moldes do artigo 157, § 2º, inciso I do Código Penal sob o pretexto da maior intimidação no ânimo de resistência da vítima, viola o princípio do *non bis in idem*, porquanto a grave ameaça já é elemento típico do roubo simples.

Com a devida vênia, ousamos discordar dos entendimentos acima colacionados. Não se pode olvidar que a grave ameaça que integra o tipo básico do delito de roubo "é aquela capaz de infundir temor à vítima, permitindo que seja subjugada pelo agente que, assim, subtrai-lhe os bens"[20]. Discorrendo sobre a ameaça, Rogério Greco[21] nos ensina que:

> No crime de roubo, embora a promessa do mal deva ser grave, ele, o mal, deve ser iminente, capaz de permitir a subtração naquele exato instante pelo

---

[19] SANCHES, Henrique Gonçalves. O *uso de arma de fogo no crime de roubo sempre ensejará a causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal?* Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11479>. Acesso em: 15 abril 2011.

[20] GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 410.

[21] Op. Cit., p. 410.

> agente, em virtude do temor que infunde na pessoa da vítima. A ameaça deve ser verossímil, vale dizer, o mal proposto pelo agente, para fins de subtração dos bens da vítima, deve ser crível, razoável, capaz de infundir temor. Dizer à vítima para entregar seus bens, pois, caso contrário, rogará aos céus que lhe caia um raio na cabeça, não se configura ameaça, mas uma encenação ridícula.

Com efeito, não se pode cogitar equivalência entre o roubo perpetrado com uma arma de fogo com a hipótese de roubo consumado mediante a ameaça de mal injusto e grave prometido apenas verbalmente contra a pessoa da vítima, sem o uso de nenhum artefato. Quando utilizada a arma de fogo, deve o agente ser apenado de forma mais rigorosa, diante da maior reprovabilidade de sua conduta (há um *plus* a ensejar reprimenda estatal mais dura), motivo pelo qual não há *bis in idem*. O legislador, ao incluir a majorante, visou apenar com maior rigor o agente que praticou o delito nas hipóteses descritas nas causas de aumento, afastando-se da conduta básica do tipo do roubo simples.

Quanto à alegada inexistência de ofensa a bens jurídicos, destaque-se que não se pode olvidar a natureza complexa do crime de roubo, também dito pluriofensivo, uma vez que objetiva tutelar múltiplos bens jurídicos, tais como posse, propriedade, integridade física e liberdade individual da vítima. Como negar que há violação a tais bens jurídicos, no caso de um indivíduo, empunhando arma de fogo em direção a outrem e desferindo-lhe coronhadas, vir a subtrair bem deste último? Em que pese não estar a arma municiada ou apta a produzir disparos, não se pode negar que na hipótese acima narrada, vindo o agente a consumar a infração após utilizar a arma de fogo, deverá incidir a causa de aumento, notadamente porque na mente da vítima, indefesa e reduzida à impossibilidade de reação por conta do uso do artefato, não cabia cogitar se a arma possuía ou não potencialidade ofensiva.

É dizer: no momento de sua rendição, em que tomada de assalto pelo agente, a vítima certamente tornou-se menos reativa em função da arma que possuía contra si, o que lhe subtraiu a capacidade de resistir e facilitou ao réu atingir seu intento delituoso, circunstância que não pode ser ignorada pelo magistrado quando da fixação da pena merecida pelo réu.

Quanto à necessidade de perícia, temos que, ademais, o sistema de provas vigente no direito processual penal brasileiro mitiga a imprescindibilidade de

realização de exame pericial. É certo que, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal (CPP) o exame de corpo de delito será indispensável, se a infração deixar vestígios. No entanto, o mesmo CPP, temperando a exigência, prevê no art. 167 que, em não sendo possível a realização do exame, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Trazendo tais noções para o caso ora em estudo, tem-se que, desaparecendo a arma de fogo utilizada pelo agente a inviabilizar a realização de perícia, poderá o juiz reputar provado o uso do artefato se extrair tal circunstância da prova testemunhal.

Ressalte-se, por fim, que exigir a perícia em casos que tais, implicaria estimular os delinquentes a desaparecer com a arma de fogo a fim de evitar o exame pericial e afastar a majoração de sua pena, o que não se pode permitir.

Nesse diapasão, o Min. Ricardo Lewandowski, no HC 96099/RS já citado linhas atrás concluiu 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 cerceamento da delinquência. 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". Exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no âmbito das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo que a qualificadora (sic) 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.

Com fulcro nos argumentos alhures expostos, é de se concluir que andou bem a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, diante da necessidade de maior reprimenda estatal ao agente que efetivamente utilizou arma de fogo na consumação do delito de roubo na rendição da vítima, ainda que somente atestado o uso do artefato por testemunhas, dispensando a realização de exame pericial, para fins de incidência da causa de aumento prevista no art. 157, §2º inciso I do Código Penal na terceira fase da aplicação da pena do acusado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Parte Especial. V. 3. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). V. 2. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CELIDONIO, Guilherme. *Da análise da aplicação da causa de aumento de pena do roubo(art. 157, §2º, I) quando a arma do crime não é apreendida*. Disponível em:< http://jus.uol.com.br/revista/texto/7472/da-analise-da-aplicacao-da-causa-de-aumento-de-pena-do-roubo-art-157-2o-i-quando-a-arma-do-crime-nao-e-apreendida>. Acesso em: 17 abril 2011.

FARIA, Fernando César. *A não incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I, § 2°do art. 157do Código Penal ante a ausência de apreensão e perícia da arma de fogo*. Disponível em: < http://www.anajus.org/home/index.php?option=com_content&view=article&id=523%3A22072009-a-nao-incidencia-da-causa-de-aumento-de-pena-prevista-no-inciso-i-s-2d-do-art-157-&catid=23%3Aartigos&Itemid=35>. Acesso em: 18 abril 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Roubo: aumento de pena. Uso de arma de fogo. Desnecessidade da perícia*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 17 abril 2011.

_____. *Roubo com arma de fogo: prova da potencial lesividade*. Disponível em: < http://www.blogdolfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/roubo-com-arma-de-fogo-prova-da-potencial-lesividade/. Acesso em: 17 abril 2011.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

MASSON, Cleber Rogerio. *Direito penal esquematizado*: parte especial. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. V. 2. Parte Especial(arts. 121 a 361). 2ª ed. Revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANCHES, Henrique Gonçalves. O *uso de arma de fogo no crime de roubo sempre ensejará a causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2°, inciso I, do Código Penal?* Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11479>. Acesso em: 15 abril 2011.

WOLFF, Tatiana Konrath. *Emprego de arma no crime de roubo*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17081>. Acesso em: 17 abril 2011.