

## A VALORAÇÃO E O RECONHECIMENTO DO EMPREGO DE ARMA NO CRIME DE ROUBO

CESAR, Priscila Ap. Dias<sup>1</sup>  
REZENDE, Guilherme Carneiro de<sup>2</sup>

### RESUMO:

O presente artigo abordará o delito do crime de roubo circunstanciado com emprego de arma, previsto no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, e traz como tema a análise da aplicação da causa especial de aumento de pena pela prática do crime de roubo conforme vem sendo interpretada pelo Superior Tribunal de Justiça. É constante o reconhecimento das causas de aumento de pena, pelos Juízes e Tribunais Superiores, nos crimes de roubo praticados mediante o emprego de arma, mesmo sem a apreensão e perícia do objeto, bastando somente a prova testemunhal. Ocorre que, ao analisar a conduta do réu, não havendo dúvidas quanto à materialidade e autoria do delito, os magistrados têm incorrido em aparente contradição quanto à majorante da pena por conta da interpretação, especificamente, quanto à arma utilizada no delito, se esta representou risco efetivo à vítima ou não. A análise da temática está relacionada ao princípio do *in dubio pro reo* e o instituto da inversão do ônus da prova, entre outros aspectos jurídicos, e como se dá a interferência de tais elementos nas correntes objetiva e subjetiva de aplicação das circunstâncias majorantes do crime de roubo circunstanciado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Roubo circunstanciado, *in dubio pro reo*, livre convencimento motivado.

## THE VALUATION AND RECOGNITION OF WEAPON EMPLOYMENT IN THE CRIME OF THEFT

### ABSTRACT:

This article will deal with the crime of the crime of burglary with the use of weapons, provided for in art. 157, § 2º, I, of the Criminal Code, and has as its subject the analysis of the application of the special cause of increase of sentence for the practice of the crime of robbery as interpreted by the Superior Court of Justice. There is constant recognition of the causes of increased sentence by the Judges and High Courts in the crimes of robbery practiced through the use of a weapon, even without the apprehension and expertise of the object, with only the testimonial evidence. In analyzing the defendant's conduct, there being no doubts as to the materiality and authorship of the offense, the magistrates have incurred in apparent contradiction as to the penalty increase due to the interpretation, specifically, of the weapon used in the crime, if it represented Risk to the victim or not. The analysis of the theme is related to the principle of *in dubio pro reo* and the institute of the inversion of the burden of proof, among other legal aspects, and how is the interference of such elements in the objective and subjective currents of application of the major circumstances of the crime of Detailed theft.

**KEYWORDS:** Detailed theft, *in dubio pro reo*, free motivated conviction.

## 1. INTRODUÇÃO

<sup>1</sup> Discente do curso de Direito do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz, prisciladiaz@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente orientador do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz, guilhermec.rezende@gmail.com

Diante da problemática existente no universo doutrinário com relação ao tema levantado, torna-se indispensável a análise da prática jurisdicional, em razão da evidente contradição do STJ, que tem reconhecido o aumento de pena para os crimes de roubo com uso de arma, apenas pela palavra da vítima, dispensando-se a apreensão e perícia do objeto, é de se questionar: qual a maneira que deve se dar a formação do convencimento do juiz para aplicação ou não da majorante, diante da não apreensão da arma, tampouco da elaboração do laudo pericial?

Por esse e outros motivos, é de extrema importância analisar a interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca do tema com o intuito de verificar em que circunstâncias os magistrados acatam o uso de arma de fogo como fator majorante de pena no delito de roubo circunstanciado, em busca de uma atuação profissional justa e coerente.

Nesse sentido, o presente artigo busca apresentar fundamentos que embasam a classificação do delito de roubo circunstanciado e as possibilidades jurídicas de majoração da pena, analisando a aparente contradição jurisprudencial em torno do tema, após o cancelamento da súmula 174 do STJ, destacando algumas decisões emblemáticas, refletindo sobre o princípio *in dubio pro reo*, a inversão do ônus da prova e a carga que ela representa no processo penal, bem como demonstrando que a existência de contradições na jurisprudência pode afetar o livre convencimento motivado e o devido processo legal.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 2.1 O CRIME DE ROUBO E A CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

O crime de roubo está tipificado no Código Penal, Capítulo II, artigo 157, trata-se de crime comum, em que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo do crime, e consiste na conduta dolosa do agente, que se utiliza da grave ameaça, violência ou da redução da possibilidade de resistência da vítima para subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, razão pela qual o objeto jurídico do crime em tela é o patrimônio, a integridade física e a liberdade do indivíduo (BRASIL, 1940).

Trata-se de delito inserido no título dos crimes contra o patrimônio, todavia, revela-se como crime complexo de modo que contempla, além do patrimônio, também a liberdade, por meio da elementar grave ameaça e a integridade física, mediante o termo violência.

A violência caracteriza-se como elemento estrutural do crime de roubo, sendo que, diferente do furto qualificado, em que a violência é empregada contra a coisa, no roubo a grave ameaça, violência ou qualquer outro meio para obter o bem é empregada contra a pessoa, podendo ser imediata: contra o detentor da coisa ou mediata: contra terceiros (BITENCOURT, 2013).

O Código Penal distingue o roubo em próprio e impróprio, a depender do momento em que a violência ou grave ameaça ou qualquer outro meio é empregado contra a pessoa. Conforme leciona Bitencourt (2013) o roubo próprio, descrito no caput do artigo 157 do CP, se dá quando a violência ou grave ameaça são empregadas antes ou durante a execução do crime, contra a pessoa detentora do bem, a fim de assegurar a coisa.

Já o roubo impróprio, previsto no §1º do artigo 157 do CP, caracteriza-se quando "a violência ou grave ameaça são praticadas, logo depois da subtração, para assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída" (BITENCOURT, 2013). Nesse caso, restritivamente, não se admite a conduta - por qualquer outro meio - que não a violência ou grave ameaça, sob pena de configurar-se o crime de furto, a depender do meio utilizado, constituindo, não raro, concurso de crimes.

Em contrário, de forma isolada, Prado (2000) afirma que a violência aplicada durante a atividade delituosa configura roubo impróprio, assim como ocorre quando a ofensa se dá após a subtração do bem, a fim de garantir a impunidade do agente.

No que diz respeito a penalidade para o delito de roubo tem-se que a pena base é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa, mas o parágrafo 2º, inciso I, do artigo 157 do CP determina aumento de um terço até a metade se a violência ou ameaça for exercida com o emprego de arma. Não se trata de uma "qualificadora" do crime de roubo, mas sim de uma "causa especial de aumento de pena, a incidir na terceira fase de aplicação da pena" (CAPEZ, 2010, p. 470).

As qualificadoras do crime em tela nada mais são que o tipo penal derivado, ou seja, determina novo limite, tanto mínimo quanto máximo, para a conduta e será aplicada na primeira fase de fixação da pena (artigo 157, §3º, CP), diferente das "majorantes" que incidirão na terceira fase, à qual cabe analisar as circunstâncias que não constituem ou qualificam o crime (art. 157, §2º, CP).

A causa especial de aumento mencionada no inciso I do § 2º do artigo 157 tem sua razão de ser na probabilidade de ocorrer resultado danoso à pessoa, além do prejuízo material resultante da subtração.

No decorrer do processo penal, após a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, e das circunstâncias legais, que agravam ou atenuam a conduta, estampadas nos artigos 61 e 65 do CP, respectivamente, serão analisadas as causas de aumento e diminuição da pena (BRASIL, 1940).

Importa também, para análise da aplicação da majorante em tela, a classificação do objeto utilizado como arma, que pode ser a chamada arma própria - que se destina ao ataque ou defesa, criada para este fim, capaz de causar ofensa física. São exemplos: armas de fogo - espingarda, pistola, revólver; armas brancas - estilete, granada, espada entre outros.

Por sua vez, as armas impróprias, são aquelas que não foram criadas especialmente para ataque ou defesa, mas que, a depender da situação e o modo como são utilizadas, podem ofender a integridade física da vítima, são exemplos: faca de cozinha, pedaço de ferro, canivete, até mesmo um caco de vidro (GRECO, 2012).

A partir disso constata-se que a prática do crime de roubo, exercido com o emprego de arma, engloba tanto as armas próprias, quanto as impróprias, pois de acordo com Capez (2014), não importa a potencialidade lesiva da arma, basta que exerça poder intimidatório sobre a vítima, a fim de anular a sua capacidade de resistência.

Para fins de definição legal de arma, importante mencionar o artigo 3º, inciso IX, do Decreto nº 3.665/2000 que assim dispõe

Art. 3º. Para os efeitos deste Regulamento e sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições:

IX - arma: artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas.

[...]

XI - arma branca: artefato cortante ou perfurante, normalmente constituído por peça em lâmina ou oblonga;

[...]

XIII - arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil.[...]

Do texto legal supracitado, infere-se que a característica marcante da arma de fogo é sua capacidade de disparar projéteis, ou seja, se não disparar, não será capaz de produzir lesão, ou dano à integridade física e ainda ceifar a vida de outrem.

A análise dessa causa de aumento de pena tem gerado intensa polêmica doutrinária. Para Capez (2014) independente do poder lesivo que a arma possui, se o objeto for capaz de aterrorizar a vítima, já deveria majorar a pena, inclusive arma de fogo descarregada, defeituosa ou a arma de brinquedo, tendo em vista que o que interessa para o agente é intimidar, assustar, constranger e de qualquer forma reduzir a capacidade de resistência da vítima. Assim, para o referido autor, prevalece o critério subjetivo, pois a finalidade do agente é, de qualquer modo, intimidar a vítima fazendo crer que está efetivamente portando uma arma.

No entanto, Nucci (2013) afirma que a simulação do uso de arma é meio suficiente para gerar o temor na vítima, ou seja, a grave ameaça. Não há que se falar em causa de aumento, pois objetivamente não foi empregado o uso de arma. Nesse caso, configura-se o critério objetivo, que leva em consideração o potencial lesivo concreto que o objeto possui em causar lesão à pessoa. Embora a arma de brinquedo constitua a grave ameaça, elemento constitutivo do tipo penal, não tem capacidade de lesionar a pessoa do ofendido.

No mesmo sentido é a doutrina de Bitencourt (2013) que assevera que o fundamento da majorante está na probabilidade de dano que o emprego da arma representa e não o temor experimentado pela vítima. Portanto, não há que se falar em aumento de pena quando o objeto utilizado no roubo não apresentar idoneidade ofensiva, capaz de produzir disparos ou lesões, por estar descarregada, defeituosa ou ainda ser de brinquedo. Em síntese, explica Bitencourt:

a maior probabilidade de dano propiciada pelo emprego de arma amplia o desvalor da ação, tornando-a mais grave; ao mesmo tempo a probabilidade de maior êxito no empreendimento delituoso aumenta o desvalor do resultado, justificando-se a majoração de sua punibilidade" (2013, p. 111).

Com efeito, não se pode confundir o "emprego de arma fictícia", que é idôneo para ameaçar e, por conseguinte, para tipificar o crime de roubo, com emprego efetivo de arma verdadeira que qualifica o crime (BITENCOURT, 2013).

Quanto ao emprego de arma desmuniada Greco diverge do entendimento de Fragoso o qual assegura que a arma descarregada mantém seu potencial lesivo e a falta de munição é apenas accidental, não retira a idoneidade do objeto em causar lesão à terceiro. Em contrário, assevera que é

ilegal o aumento de pena, considerando que sem a munição a arma de fogo não se presta para gerar perigo à integridade da vítima (FRAGOSO, 1981, *apud* GRECO, 2012, p. 70).

Nesse sentido é a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

É ilegal o aumento de pena pelo uso de arma no cometimento do roubo, se o objeto encontrar-se desmuniado, sendo instrumento incapaz de gerar situação de perigo à integridade da vítima. O emprego da arma desmuniada no delito de roubo não se presta para fazer incidir a causa especial de aumento prevista no Código Penal. Precedentes (HC47995/SP Habeas Corpus 2005/0154215-3, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 6/3/2006, p. 423) (BRASIL, 2006).

Outra questão controversa na doutrina diz respeito ao manejo ostensivo da arma, se tal conduta é ou não suficiente para constituir a causa especial de aumento de pena. Para Capez (2014) exige-se o emprego efetivo da arma para caracterizar a causa especial de aumento de pena. Em sentido contrário, Greco (2012) afirma que o simples fato de o agente ficar com a mão sobre a arma na cintura, anunciando o roubo já configura a majorante, sem que efetivamente aponte ou de fato utilize o objeto.

## 2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

A presunção de inocência está expressa no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, sendo considerada como um pressuposto da condição humana, pela sua relevância. Decorre esta do princípio da jurisdicionalidade, a qual impõe a condição de que se produzam as provas necessárias para a validação do processo, já que, sem a produção de provas, ninguém pode ser considerado culpado ou ser submetido a uma pena (LOPES JUNIOR, 2012).

Para este autor, a presunção de inocência é particularmente importante ao juiz, que deve manter uma postura não acusatória com relação ao culpado, formando seu convencimento a partir do contraditório, o que afeta diretamente a carga da prova pela imposição do *in dubio pro reo* (LOPES JUNIOR, 2012).

Havendo, pois, dúvida sobre a autoria ou materialidade do fato, o réu pode beneficiar-se da aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, conforme bem explicam Bedê Junior e Senna (2009):

[...] a lógica do *in dubio pro reo* é que se o magistrado, ao analisar o conjunto probatório, permanecer em dúvida sobre a condenação ou absolvição do réu, deve optar pela absolvição, até porque entre duas hipóteses não ideais é menos traumático para o direito

absolver um réu culpado do que admitir a condenação de um inocente (BEDÊ JUNIOR e SENNA, 2009, p. 96).

O princípio da presunção de inocência está relacionado ao princípio do devido processo legal, requerendo, por isso, um processo justo para o reconhecimento da culpabilidade. Se há dúvidas sobre o processo, estas favorecem o réu, que não é obrigado a provar sua própria culpa. Ao contrário, cabe ao órgão acusador o ônus de provar a responsabilidade do acusado para eliminar a dúvida. Nesse sentido, o princípio do *in dubio pro reo* está diretamente ligado à questão da produção da prova e da distribuição do ônus da prova (VILELA, 2000, *apud* MIRZA, 2010).

Logo, diante do caso concreto em que se apura o crime de roubo majorado pelo uso de arma, se o objeto não foi periciado ou apreendido, havendo dúvida quanto a potencialidade lesiva não há que se falar em aumento de pena, sendo a melhor saída a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

O princípio da presunção de inocência denota dois sentidos: o dever de tratamento e a regra de julgamento. Para Lopes Junior (2017) o primeiro sentido atua em duas dimensões a interna e a externa: a primeira implica um dever de tratamento a ser despendido ao réu pelo juiz e pela acusação, ou seja, devem tratar o acusado como inocente, afinal a acusação é que deverá derrubar essa presunção, e até que isso ocorra o réu deve ser tratado como não culpado. A segunda dimensão diz respeito a forma como o acusado é visto pela sociedade, cujos meios de difusão de informação não raro estigmatizam o acusado por meio de publicidade abusiva.

Como regra de julgamento tem-se que no processo penal, até que a acusação derrube a presunção de que o réu é inocente, ele assim deve ser considerado, eis que não há que se falar em distribuição de cargas probatórias, e sim uma atribuição exclusiva do órgão acusatório.

Nesse sentido, a primeira parte do artigo 156 do Código de Processo Penal (1941), a par da garantia constitucional da presunção de inocência, assegura que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, ou seja, partindo do pressuposto de que o processo penal se inicia com a peça acusatória que narra a conduta e a adéqua ao tipo penal, cabe ao órgão acusador provar a presença de todos os elementos que compõem a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, como também a inexistência das causas de justificação da conduta.

Ao ser considerado presumidamente inocente, o acusado não precisa provar absolutamente nada, a defesa não tem dever e sim o direito de rebater as alegações da acusação com contraprovas, e o juiz, pelo princípio da imparcialidade deve analisar todas as hipóteses apresentadas pela

acusação e defesa, sendo que aceitará a alegação do órgão acusador apenas se estiver provada, sendo certo que a dúvida sempre favorecerá o réu.

### 2.3 A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A CARGA DA PROVA

A prova é o meio instrumental de comprovação dos fatos nas vias processuais e tem como principal finalidade fundamentar a convicção do juiz dos fatos alegados pelas partes. (RANGEL, 2009).

O ônus da prova, como já explicitado, é da acusação (querelante ou Ministério Público), que deve provar os fatos constitutivos de seu direito, em conformidade com o artigo 41 do Código de Processo Penal (1941).

É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência (LOPES JUNIOR, 2012, p. 568).

Dessa maneira, o órgão acusador deve extinguir quaisquer vestígios de dúvida, dever este imposto pelo princípio do *in dubio pro reo*. O posicionamento de Rangel (2009) acerca do ônus da prova é que o réu não deve provar nada, mas tão somente cabe ao Ministério Público o fazer. A regra constante do artigo 5o, LVII, da CF/88, inverte o ônus da prova para o Ministério Público e, dessa maneira, este órgão deve provar a existência dos elementos subjetivos do tipo (dolo ou culpa), das causas de exclusão de ilicitude, de culpabilidade, de extinção da punibilidade.

Para Lopes Junior (2017) o processo penal serve para reconstruir o fato passado por meio das provas, as quais servirão para que o juiz exerça sua atividade cognitiva, auxiliando o seu convencimento a fim de prolatar a sentença. Portanto, a atividade do juiz é sempre recognitiva, ou seja, ele desconhece o fato, somente o conhecerá através da prova produzida nos autos.

Na perspectiva de que o Ministério Público é o agente da acusação, a produção de provas serve a garantir a imparcialidade do juiz, que deve ater-se à ação penal, abstendo-se de qualquer tipo de ativismo probatório, já que a carga probatória recai sobre o acusador e somente sobre ele. O juiz deve, assim, manter-se longe da iniciativa probatória para manter-se imparcial em suas decisões (LOPES JUNIOR, 2012).

O convencimento do juiz diante dos fatos comprobatórios, portanto, deve se ater às provas fornecidas pelo Ministério Público. No caso do roubo circunstanciado, a jurisprudência tem firmado o entendimento de que, para o aumento da pena, o juiz não precisa ter em mãos a arma nem as provas periciais se houver prova testemunhal firme e coesa. A esse respeito o Tribunal da Cidadania assim se posicionou:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 157, § 2º, INCISO I DO CP. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que para o reconhecimento da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I 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 que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (Eresp n. 961.863/RS).
2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.
3. Agravo regimental a que se nega provimento."(AgRg no REsp 1.582.127/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016).

Da análise do julgado supracitado extrai-se a inversão da carga probatória ao afirmar ser da defesa o ônus de provar que o artefato não possui capacidade lesiva, ante da ausência do laudo pericial. Diante disso, percebe-se tamanha incongruência, pois tal entendimento vai de encontro com o que se tem afirmado no presente estudo de que cabe à acusação provar o alegado, sendo certo que se não há laudo não há como provar a lesividade do artefato, logo, havendo dúvida não há que se imputar a circunstância majorante do delito em análise, pois prejudicial ao acusado. Nesse sentido,

Além de não existir "ônus da prova", no processo penal, mas carga probatória, torna o processo em mecanismo legitimador da culpa, pressuposta. Transfere-se ao acusado prova diabólica, consistente em "não provar que o crime aconteceu", desonerando-se - matreiramente - o acusador. Esse modo de pensar é um paralogismo, erro lógico, majoritário no dia a dia forense (ROSA, 2017, p. 710).

O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que não se admite a inversão do ônus a prova

SENTENÇA ENVERGADURA. Ante o fato de o Juízo ter contato direto com as partes envolvidas no processo-crime, o pronunciamento decisório há de merecer atenção maior. PROCESSO-CRIME PROVA. Cabe ao Ministério Público comprovar a imputação, contrariando o princípio da não culpabilidade a inversão a ponto de concluir-se pelo tráfico de entorpecentes em razão de o acusado não haver feito prova da versão segundo a

qual a substância se destinava ao uso próprio e de grupo de amigos que se cotizaram para a aquisição.

(STF - HC: 107448 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 18/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-196 DIVULG 03-10-2013 PUBLIC 04-10-2013).

Logo, a produção das informações relevantes para a formação do convencimento do juiz deve se dar mediante atuação do órgão acusador, a quem incumbe provar o alegado, o qual exerce a função precípua de desconstruir a presunção de inocência inerente ao acusado, cabendo a este rebater as acusações e não produzir prova a fim de ser rebatida.

Desse modo, a majorante do emprego de arma de fogo deve ser analisada sob o enfoque objetivo, ou seja, a razão de ser da majorante é exatamente a maior potencialidade lesiva do instrumento utilizado para a prática do roubo, devendo, portanto, ser verificada se a arma é hábil ou não para ofender a integridade física da vítima, o que somente pode ser constatado mediante laudo pericial.

Em sentido contrário, os Tribunais Superiores têm entendido que diante da ausência do laudo pericial, que confirme o potencial lesivo da arma de fogo empregada no crime de roubo, a palavra da vítima é suficiente para sustentar a aplicação da causa de aumento, ignorando a perícia técnica da suposta arma

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. MAJORANTE COMPROVADA POR OUTROS MEIOS IDÔNEOS DE PROVA. 1. O entendimento majoritário da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “a impetração de habeas corpus como substitutivo de agravo regimental inclusive noutra Corte representa medida teratológica” (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux). 2. O ato impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a majorante do emprego de arma de fogo (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...” (HC 96.099, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário). Precedentes. 3. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. (HC 108225, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 10-09-2014 PUBLIC 11-09-2014)

Para Carneval e Helene (2016) em que pese a palavra da vítima tenha especial relevância no processo, ela por si só não pode ser considerada hábil para assegurar a eficácia do objeto utilizado pelo acusado, pois, na maioria das vezes a vítima não detém conhecimento técnico para tanto, logo, não há como suprir a ausência de perícia técnica.

Nesse sentido, em vítimas muitas vezes o sentimento é mais importante do que as razões, motivo pelo qual a maneira de formular as perguntas que serão realizadas ganha relevo. O desejo de vingança ou a ira faz com que se bloqueie as informações que não confirmam o ponto de vista (ROSA, 2017).

A prova testemunhal, sem a devida comprovação pericial, é refutada por Nucci (2009), o qual entende que o reconhecimento de alguém ou de algo requer a formalidade em consonância com o artigo 226 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), sendo fundamental a preservação da forma legal no conjunto probatório do processo penal.

Assim, inexistindo laudo pericial que ateste o poder lesivo da arma, mas levando em consideração apenas a palavra da vítima, via de regra não há que se falar em aumento de pena.

No entanto, tendo em vista que a violência ou grave ameaça constituem a figura típica do crime de roubo e, por si sós não podem caracterizar a majoração da pena, é de se constatar que ante a ausência de provas, objetivas, que atestem a potencialidade lesiva da arma, o juiz não pode se apoiar em provas subjetivas para majorar a reprimenda, sob pena de incorrer em *bis in idem*, ou seja, o temor sentido pela vítima já é suficiente pra gerar o tipo, não havendo razão em aplicar o aumento de pena sem a certeza de que a conduta foi praticada mediante o uso de artefato capaz de produzir lesão.

Nesse sentido, também é a Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça (DJe 13-5-2010): "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (STJ, 2010).

Pode-se afirmar que tal entendimento decorre da interpretação do inciso IX do Artigo 93 da Constituição Federal cuja fundamentação sólida permite analisar se a razão predominou sobre o poder de decidir, argumento essencial de um processo penal democrático (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, explica Lopes Junior (2017):

[...]a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem - racionalmente - pode ser considerado autor do fato criminoso imputado (LOPES JUNIOR, 2016, p. 869).

O livre convencimento motivado ou persuasão racional, previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal acerca da prova produzida em contraditório também é um importante princípio de observância obrigatória que visa sustentar a garantia da fundamentação das decisões judiciais (BRASIL, 1941).

Assim não havendo dúvida, o magistrado formará sua convicção por meio de provas e informações suficientes a fim de condenar o acusado em decisão devidamente fundamentada. Para tanto, a prova produzida nos autos deve demonstrar a existência de fato ou conduta juridicamente relevante à imputação, no caso das armas de fogo devem aferir a capacidade lesiva do objeto.

### 3. METODOLOGIA

A metodologia de pesquisa utilizada atende aos objetivos propostos, assumindo caráter de pesquisa exploratória. A pesquisa exploratória tem a finalidade de proporcionar ao pesquisador maior familiaridade com o problema, de modo a torná-lo mais explícito, permitindo a construção de hipóteses (GIL, 2007).

A pesquisa exploratória faz uso de procedimentos específicos, destacando-se a pesquisa bibliográfica, a qual tem como objetivo colocar o pesquisador em contato com o que já foi escrito sobre determinado assunto, possibilitando o levantamento e análise da literatura referente ao tema. A pesquisa bibliográfica é, portanto, o levantamento de referências teóricas já analisadas anteriormente, publicadas em meios escritos e eletrônicos, na forma de livros, artigos, periódicos, sites da internet, dentre outros (LAKATOS e MARCONI, 2009).

Segundo Gil (2007), a principal vantagem da pesquisa bibliografia é que ela permite cobrir uma gama de fenômenos mais ampla que a pesquisa de campo ou estudo de caso. Nesse sentido, é a pesquisa ideal para investigar ideologias ou posições diferentes sobre um mesmo problema.

Considerando que o tema proposto requer a análise de uma aparente contradição doutrinária, considera-se o método apropriado para se obter o conhecimento necessário e chegar à afirmação ou refutação das hipóteses levantadas.

Por fim, foram utilizados como fontes de pesquisa livros de conceituados autores do âmbito penal e processual penal, artigos de imensa relevância para o contexto jurídico e acadêmico, bem como julgados/acórdãos prolatados pelos Tribunais Superiores.

#### 4. A QUESTÃO JURISPRUDENCIAL E SEUS PROBLEMAS

Com o cancelamento da súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2002, esperou-se que o fato de não se efetivar a apreensão da arma, tampouco do laudo pericial para confirmar a sua eficiência, restaria em completa ausência de prova da sua potencialidade lesiva, equiparando-se à arma de brinquedo, sendo assim incabível a majoração do delito de roubo, diante da ausência de provas objetivas para tanto.

Nesse ponto, importante colacionar as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, as quais estavam em consonância com o entendimento que levou à revogação da referida súmula, pois mais pertinentes à realidade fática do dia a dia forense, ante o número exíguo de peritos ou profissionais habilitados, reflexo do escasso aparelhamento Estatal

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, 2º, I, DO CP. COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA DA ARMA DE FOGO. NECESSIDADE. 1. A aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, 2º, inciso I, do CP, pressupõe a potencialidade lesiva da arma de fogo, que somente pode ser comprovada através do exame pericial. Precedente. 2. A intimidação e o temor provocados na vítima pelo uso da arma compõem o próprio núcleo do tipo penal [violência ou grave ameaça], não se prestando a qualificar o crime. Ordem deferida. (STF, HC 96.865-1/SP, Segunda Turma, rel. Min. Ellen Gracie, rel. para o acórdão Min. Eros Grau, j. 31.03.2009, Dje n. 148, 07.08.2009).

PENAL – HABEAS CORPUS – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – EMPREGO DE ARMA SEM PERÍCIA E APREENSÃO - IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA EXCLUIR A MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA E DIMINUIR O AUMENTO PELA MAJORANTE. PEDIDO RESTANTE PREJUDICADO. 1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I, do §, 2º, 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, nos casos em que não é possível aferir a sua eficácia por outros meios de prova, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física. 3. Ordem parcialmente concedida para excluir a causa de aumento referente ao emprego de arma, reduzindo as penas impostas. Pedido restante prejudicado. (STJ, HC 114534/SP, Sexta Turma, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG, j. 09 dez. 2008, DJe 02 Mar. 2009).

Desse modo, o entendimento firmado à época seguia o raciocínio de que a arma não periciada igualava-se à arma de brinquedo, sendo indispensável, portanto o exame pericial para aplicar o

aumento de pena, quando o roubo tivesse sido praticado com o emprego do artefato lesivo, por se tratar de circunstancia objetiva.

Não obstante a aparente tranquilidade em relação ao tema, a partir do julgado dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 961.863-RS de 06/04/2011 em que uma turma afirmava que o potencial lesivo da arma está em si mesmo, sendo que naturalmente se presume apta a produzir lesões, a outra turma entendia que somente poderia se afirmar que a arma de fato possuía capacidade letal, se demonstrada por meio de perícia técnica.

Diante disso, surgiu a necessidade de uniformizar o entendimento, cujo resultado, que prevalece nos dias de hoje, foi firmado a partir da decisão do recurso supracitado que assim dispõe

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS. I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF. II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante. III - 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. IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão. V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria. (STJ - EREsp: 961863 RS 2009/0033273-4, Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Data de Julgamento: 13/12/2010, S3 - Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 06/04/2011).

Note-se, novamente, a tentativa de se inverter a carga probatória, fazendo com que passe a ser ônus da defesa provar a ausência de poder lesivo do artefato supostamente utilizado na conduta delituosa. Não é de se negar que se houver disparos já resta comprovada a materialidade do potencial lesivo da arma, e, somente nesse caso seria dispensável o exame pericial. A esse respeito,

A manipulação das premissas é feita com o fim de inverter a lógica democrática. Em face da presunção de inocência o último item do raciocínio deve ser: c) logo, cabe ao acusador comprovar ser arma, capaz de ser comprovado por disparos e outros elementos indiciários, mas jamais pelo "achismo" que prevalece. Condenar é sintoma do *in dubio pro hell* (ROSA, 2017, p. 752).

O Supremo Tribunal Federal, também precisou pacificar o entendimento eis que pairava acerca do tema divergência entre as turmas. Assim, a par do STJ adota, atualmente, mesmo raciocínio, em relação a dispensabilidade de perícia para aplicação da majorante do crime de roubo com o uso de arma

ROUBO CIRCUNSTANCIADO – ARMA – PERÍCIA. Prescinde de apreensão e perícia da arma de fogo a qualificadora decorrente de violência ou ameaça implementadas – artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Precedente: Habeas Corpus nº 96.099-5/RS, Pleno, relator ministro Ricardo Lewandowski, acórdão publicado no Diário da Justiça do dia 5 de junho seguinte.

(HC 96985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/09/2015, acórdão eletrônico dje. 240 divulg 26-11-2015 public 27-11-2015).

De acordo com Carneval e Helene (2016) essa disfarçada contradição jurisprudencial dos tribunais superiores, que entende ser dispensável a apreensão e perícia da arma de fogo para a incidência de majorante, aceitando prova testemunhal ou outros elementos probatórios, pode resultar no reconhecimento do aumento de pena mesmo quando tiver sido utilizada na conduta arma de brinquedo, ou mesmo arma sem potencial lesivo ou desmuniada.

A jurisprudência e parte da doutrina têm sido favoráveis à aplicação da majorante de pena sem a prova material, bastando somente a confirmação da testemunha de que foi utilizada arma de fogo pelo réu, afastando-se, portanto, da objetividade da prova.

A contradição existente na jurisprudência é visível e divide os doutrinadores diante das decisões acatadas pelos tribunais, que mesclam as correntes subjetiva e objetiva no entendimento e formação de convencimentos dos magistrados.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não raro, o emprego de grave ameaça com uso de arma de fogo é considerada suficiente para majoração da pena, bastando prova testemunhal, dispensando-se, nesse caso, a apreensão e perícia da arma de fogo utilizada no ato. No entanto, após o cancelamento da Súmula 174, do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), a qual previa que no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo era passível de aumento de pena, difícil é ter que admitir a aplicação de tal majorante pelo uso de um suposto artefato não apreendido ou periciado.

Deste modo, diante da revogação de tal entendimento, se não há como provar o poder lesivo do artefato mediante perícia, não há que se falar em causa especial de reconhecimento da majorante,

pois entende-se que arma de fogo não periciada, equipara-se à arma finta para fins de majoração da pena.

O que nos parece, é que o entendimento que prepondera após o cancelamento da referida súmula, a qual era claramente de corrente subjetiva, é de que a causa de aumento de pena tem por fundamento o perigo real que o emprego de arma causa à incolumidade física da vítima. Aplica-se, portanto, o critério objetivo, cujo entendimento é de que o que importa é a potencialidade lesiva que a arma de fogo representa, ainda que o artefato não tenha sido apreendido ou periciado.

Essa é a questão que mais tem causado desconforto entre os doutrinadores, pois a partir de tal entendimento o Tribunal da Cidadania recai em contradição à medida que deixa de majorar a pena do crime de roubo pelo emprego de arma finta, no entanto, aplica o referido aumento de pena em casos cuja arma não foi apreendida, tampouco periciada.

Ora, se não se admite a caracterização da majorante com o uso de arma inapta a produzir disparos, como o caso da arma de brinquedo, é de se esperar o mesmo pela utilização de objeto que sequer foi apreendido a fim de apurar a sua real potencialidade lesiva, quer seja por se tratar de arma defeituosa ou desmuniada.

Por isso coerente é a revogação da malfadada súmula, pois não há como tipificar o crime de roubo mediante o emprego de "arma de brinquedo" como qualificado, eis que a razão de ser da qualificadora está na potencialidade lesiva e no perigo real que a arma de fogo eficaz pode produzir, e não no sentimento de medo que o artefato representa. É certo que tal pavor já caracteriza a ameaça, elemento típico do roubo, no entanto não é capaz por si só de majorar a reprimenda, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

Custoso é ter que admitir, que mesmo após o cancelamento do enunciado 174 do STJ ainda hoje os operadores do direito não estão amparados por entendimento pacífico acerca da questão, eis que os Tribunais de Justiça não aplicam de maneira uniforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

As decisões aparentemente contraditórias do STJ contribuem para que as interpretações e decisões dos magistrados sejam desfavoráveis ao réu, mediante a aplicação da pena mais gravosa, sem vínculo com o laudo que comprova o poder lesivo do artefato utilizado para a prática do crime, sendo que por vezes a valoração da prova pericial deixa de ser observada em detrimento de fundamentações baseadas em depoimentos prestados durante estado psicológico extremamente abalado da vítima, diante da adrenalina e estresse gerados pelo crime em comento.

O que se pretende não é a impunidade do criminoso diante da não apreensão da arma utilizada no crime, ou da falta de laudo pericial, ou ainda, desvalorização do depoimento da vítima, mas uma análise mais criteriosa no momento da dosimetria da pena.

Assim, embora não haja o reconhecimento da majorante, nada impede que o magistrado, na primeira fase da dosagem da pena, reconheça as circunstâncias e consequências do crime como extremamente gravosas, elevando a pena base do crime ante da conduta extremamente violenta do agente e do temor experimentado pela vítima, diante da ameaça por uma suposta arma de fogo.

## REFERÊNCIAS

BÊDE JUNIOR, A.; SENNA, G. **Princípios do processo penal**. São Paulo: RT, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código Penal – Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal - Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 03 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC47995/SP** Habeas Corpus 2005/0154215-3, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 06 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.582.127/MG**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 114534/SP**, Sexta Turma, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG, j. 09 dez. 2008, DJe 02 Mar. 2009)

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **EResp: 961863 RS** 2009/0033273-4, Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Data de Julgamento: 13 dez. 2010, Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 06 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 443**. DJe 13 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. Súmula 174. **Revista Súmulas STJ**, v. 12, 2010. Disponível em: <[www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/.../stj-revista-sumulas2010\\_12\\_capSumula174](http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/.../stj-revista-sumulas2010_12_capSumula174)>. Acesso em: 01 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC: 107448 MG**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 18/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-196 divulg 03 out. 2013 public 04 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 108225**, Relator(a): Min. Roberto Barroso, primeira turma, julgado em 19/08/2014, processo eletrônico DJe-176 divulg 10 set. 2014 public 11 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 96.865-1/SP**, Segunda Turma, rel. Min. Ellen Gracie, rel. para o acórdão Min. Eros Grau, j. 31 mar. 2009, Dje n. 148, 07 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 96985**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 29/09/2015, acórdão eletrônico dje. 240 divulg 26 nov. 2015 public 27 nov. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal parte especial**. v. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. v. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNEVAL, M.; HELENE, P. H. **Emprego de arma no crime de roubo e a reiterada contradição da jurisprudência do STJ**. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. v. 3. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRZA, F. **Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 5, a. 4, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-o-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-in-dubio-pro-reo>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

NUCCI, G. S. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RANGEL, P. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.