

**ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, I, CP):
DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA
NA ARMA DE FOGO E A DECISÃO DO STF (HC Nº
96.099): APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO
DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE**

GLAUCIO NEY SHIROMA OSHIRO

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado do Acre, Brasil
glaucio.oshiro@ac.gov.br

Em decisão publicada no DJ de 4 de junho de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF), em Plenário, no HC nº 96.099, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, pacificou o tema sobre a desnecessidade de apreensão de arma de fogo e a consequente perícia para ser caracterizado o crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal), quando presentes outros elementos que comprovam a utilização daquele tipo de arma. Na espécie, o paciente pretendia a exclusão da causa de aumento, tendo em vista que a arma de fogo não fora apreendida e, por consequência, não fora periciada, impossibilitando, assim, constatar a potencialidade lesiva do artefato, o que seria inafastável para configurar a majorante. Veja-se a ementa:

ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II - Lesividade do instrumento que

se encontra in re ipsa. III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV - *Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova*, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V - *A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves*. VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida. (STF, T. Pleno, HC nº 96099, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19/02/2009, DJ 04/06/2009, grifo nosso).

Votaram com o Ministro Ricardo Lewandowski os Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito, Cármen Lúcia e Carlos Britto. Ausentes os Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ficaram vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes.

Sublinhe-se que, apesar de ausentes no julgamento, os Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa já se pronunciaram a respeito do tema no sentido do voto do relator no âmbito da 2ª Turma. Veja-se:

*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. (STF, 2ª T., HC 84032, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 30/04/2004). (grifo nosso).*

HABEAS CORPUS. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. PRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NA

ARMA UTILIZADA NO ROUBO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA. O Superior Tribunal de Justiça sequer examinou o pedido da acusação para que a agravante da reincidência fosse reconhecida. Daí por que não há como o presente habeas corpus ser conhecido nesse ponto. *O reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma utilizada no roubo. Precedentes.* (HC nº 84.032, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 30/04/2004, p. 70; e HC nº 92.871, Rel. para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04/11/2008). Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. (STF, 2ª T., HC nº 94448, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 11/11/2008, DJ 19/12/2008, grifo nosso).

Portanto, além dos cinco Ministros que votaram no HC nº 96.099 pela desnecessidade da apreensão e da perícia na arma de fogo, dois outros Ministros já sinalizaram seus entendimentos na linha majoritária da Suprema Corte.

Voltando ao que ficou discutido no HC nº 96.099, observe-se um trecho do voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski, o qual transcrevo por ser elucidativo:

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 [...]. 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 [...]. 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. (grifo nosso).

Oportuna, ainda, foi a justificação no voto para a adoção desse posicionamento:

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 delinquência*. [...] *Exigir uma perícia* para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, *teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas*, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal dificilmente possa ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Significaria, em suma, beneficiá-los com a própria torpeza, hermenêutica essa que não se coaduna com a boa aplicação do Direito. (grifo nosso).

O Ministro Carlos Britto expôs interessante advertência:

Hoje em dia, aluga-se arma para assaltar, praticar crime. *Logo depois do crime, a arma de aluguel é devolvida*. E, quando é própria, *o assaltante faz questão de se desfazer dela para evitar a perícia*. Ou seja, se essa tese vingar,¹ a impunidade vai grassar mais uma vez, dará as cartas. (grifo nosso).

Ainda invocando as lições do julgamento do HC nº 96.099, o sempre proverbial Ministro Marco Aurélio ponderou:

[...] já sinalizei convencimento sobre a matéria e *cbego mesmo a dizer que, a prevalecer a corrente contrária*,² a corrente formalizada a uma só voz pela Segunda Turma, *o negócio será desaparecer, sempre e sempre, com a arma utilizada*. Arma que, como ressaltou o ministro Carlos Ayres Britto, está, inclusive, no

¹ Ou seja, a que não admite o roubo circunstanciado pela arma de fogo sem a devida apreensão.

² Ou seja, a que não admite o roubo circunstanciado pela arma de fogo sem a devida apreensão.

mercado de aluguel e, quase sempre, é devolvida de imediato àquele que a disponibilizou. [...] Não estou lembrado do precedente que foi citado e que seria de minha lavra. Mas, se no passado concluí de forma diversa, estou a evoluir, e deve o juiz sempre evoluir tão logo convencido de assistir maior razão [...] à tese rechaçada, repudiada. (grifo nosso).

Prestando atenção nos excertos dos votos acima e interpretando-os, é possível claramente vislumbrar que o STF invoca como fundamento o princípio da proporcionalidade, porém sob uma vertente ainda pouco difundida no Brasil: a da proibição da proteção insuficiente. Realmente, o princípio da proporcionalidade é visto de forma mais destacada sob a modalidade “*proibição de excesso*”. Porém, ultimamente, principalmente com a incursão pioneira de Ingo Wolfgang Sarlet no assunto, a outra vertente vem ganhando terreno na dogmática processual-constitucional brasileira. Ensina Sarlet (2003, p. 86 et seq.) que

[...] o Estado – também na esfera penal – *poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos)* ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – *como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência* (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). (grifo nosso).

Também incursionaram no assunto, dentre outros, Martha de Toledo Machado (2008), Edilson Mougenot Bonfim (2008, p. 63) e Lenio Luiz Streck (2007).

Para Lenio Streck (2007, p. 100), a doutrina e a jurisprudência nacional, em sua maioria, ainda não se deram conta de que estão trabalhando com o princípio da proporcionalidade sob um único horizonte, ou seja,

[...] com a hipótese – para mim, a-histórica e atemporal – do garantismo negativo, em que a violação da proporcionalidade se dá pela proibição de excesso (*Übermassverbot*), *esquecendo a relevante circunstância de que o Estado pode vir a violar o princípio da proporcionalidade na hipótese de não proteger suficientemente direitos fundamentais de terceiros* (garantismo positivo), representado pela expressão alemã *Untermassverbot*. (grifo nosso).

Assim, sob a perspectiva da justificativa do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no HC nº 96.099 e dos acima colacionados, vê-se que o STF, por seu Pleno, vem dando primazia ao *princípio da vedação de proteção insuficiente*, porquanto não se pode admitir que o agente, valendo-se de sua própria torpeza, utilize a arma de fogo e, posteriormente, se desfça dela, inviabilizando a perícia e, por efeito consequencial, afastando, sempre, o roubo circunstanciado pelo emprego de arma. Se o agente, desaparecendo com a arma de fogo empregada no assalto, quiser levantar a tese de inexistência de potencialidade ofensiva do artefato (aduzindo, inclusive, que se utilizou de arma de brinquedo), deve comprovar tal circunstância, obedecendo-se à regra processual de distribuição do ônus da prova (art. 156 do Código de Processo Penal).

Se assim não for, o agente que desse modo agisse restaria sempre impune, sendo que, parafraseando o eminente professor Magalhães Noronha (1996, p. 379), *o Estado estaria privilegiando a torpeza e despertando a bilaridade dos sagazes, sendo um verdadeiro partícipe no assalto ao patrimônio alheio*.

Por tudo isso, vê-se que a desnecessidade da apreensão e a consequente perícia encontram suas justificações nas dobras do princípio constitucional da proporcionalidade, mais precisamente na vertente da *proibição da proteção insuficiente*.

Exigir, sempre e incondicionalmente, a apreensão e a perícia da arma de fogo nos crimes de roubo seria *despertar a bilaridade dos sagazes...*

Referências bibliográficas

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. São Paulo: Verbatim, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. volume 2: dos crimes contra a pessoa; dos crimes contra o patrimônio. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 86-120, out./dez. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Direito Penal em tempos de crise*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007. p. 75-110.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110005