



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, INCISO I DO CP. UMA ANÁLISE
DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.

Diego Franco de Sant'Anna

Rio de Janeiro
2010

DIEGO FRANCO DE SANT'ANNA

A MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CP. UMA ANÁLISE
DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós-
Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal
Prof. Kátia Araujo
Prof. Guilherme Sandoval

Rio de Janeiro
2010

A MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, INCISO I DO CP. UMA ANÁLISE DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.

Diego Franco de Sant'Anna

Graduado pela Pontifícia
Universidade Católica do Estado do
Rio de Janeiro – PUC-Rio. Advogado.

Resumo: Em linhas gerais o que se pretende é analisar como a doutrina e a jurisprudência pátria se posicionam quanto a incidência da especial causa de aumento de pena em razão do emprego de arma de fogo nos delitos de roubo (CP, art. 157, § 2º, inciso I), em especial quando não ocorre a apreensão e a perícia da arma (a fim de constatar a sua potencialidade lesiva). A jurisprudência pátria se posiciona de forma divergente, e no que tange à doutrina, há poucas obras que almejam uma abordagem *in concreto* dos casos submetidos ao Poder Judiciário.

Palavras-chaves: Emprego de arma, Roubo, Causa de aumento de pena, Apreensão e Perícia.

Sumário: Introdução. 1. Conceitos de arma compreendidos no art. 157, §2º, inciso I do CP; 1.1 Posições doutrinárias sobre a aplicação da majorante de emprego de arma de fogo no crime de roubo; 1.2 O cancelamento do verbete sumular nº 174 do STJ e a mudança de paradigma quanto a incidência da majorante; 2. Como deve se posicionar o magistrado quando não há a apreensão da arma de fogo, restando inviabilizada a sua perícia; 3. Crítica ao exame de corpo de delito indireto c/c a distribuição do ônus probatório como fundamento para a aplicação da majorante; 4. Arestos que corretamente aplicaram a teoria objetiva, sem qualquer incongruência no raciocínio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar como a doutrina e a jurisprudência pátria se posicionam quanto à incidência da causa especial de aumento de pena em razão do emprego

de arma de fogo nos delitos de roubo (CP, art. 157, § 2º, inciso I), máxime quando não ocorre a apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no crime.

Inicialmente, convém destacar que as causas de aumento de pena previstas no art. 157, § 2º, incisos, do CP são erroneamente denominadas de qualificadoras. Não é correto o emprego deste termo, pois, tecnicamente, trata-se de causa especial de aumento de pena a incidir na terceira fase de aplicação da pena. Desta feita, fazendo uso da nomenclatura adequada nos é permitido utilizar a expressão ‘causa especial de aumento de pena’ ou o termo ‘majorante’, mas jamais o *nomen iuris* qualificadora, a qual detém natureza jurídica diversa, capaz de alterar as balizas do preceito secundário, atuando assim, na primeira fase da dosimetria penal. É o que se verifica no art. 121, § 2º, do CP, sob a rubrica penal de homicídio qualificado.

Apesar desse *nomen iuris* (qualificadora) encontrar respaldo na jurisprudência, não se trata de qualificadora alguma, mas conforme dito de uma causa de aumento de pena. A lei penal não fixa novos limites de pena (mínimo e máximo – traço característico dos tipos derivados-qualificados), mas sim 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 sendo, o emprego de arma no crime de roubo apresenta-se como uma causa de aumento de pena, e para tanto deve ser utilizada a expressão “roubo majorado” ou “circunstanciado”. Isso ao menos para sermos afeitos à necessária precisão terminológica, o que, em Direito, assume patamares de “*conditio sine qua non*”.

Dito isso, passa-se à análise dos motivos que levaram o autor a abordar a temática em questão. A abordagem da *questio iuris* se mostra relevante porque tem sido objeto de extrema vacilância na jurisprudência pátria, não sendo possível extrair até o momento um entendimento pacífico em nossos Tribunais acerca dos critérios utilizados para o reconhecimento de tal majorante. No que tange à doutrina, esta se manifesta de forma

extremamente tímida a respeito do assunto, podendo ser constatada posições doutrinárias diametralmente opostas que fundamentam sua aplicação nos delitos de roubo em determinadas circunstâncias.

Não se pode negar que a incidência dessa causa especial de aumento de pena acarreta evidentes prejuízos ao condenado, como por exemplo: o aumento da pena na fração de 1/3 até 1/2, além de ocasionar-lhe impactos reflexos no cumprimento da pena (v.g.: possível alteração do regime inicial, aumento do tempo de pena cumprida necessário à progressão de regime, além de empecilhos para concessão de benefícios relacionados à execução penal).

Dessa feita, o objetivo do presente trabalho consiste em sistematizar a controvérsia que se instala freqüentemente em nossos tribunais quanto à aplicabilidade da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo no crime de roubo. A jurisprudência pátria tem adotado critérios dissonantes para a sua aplicação, de modo que se faz necessário apresentá-los no presente trabalho, bem como demonstrar como a doutrina penalista tem sido utilizada para fundamentar tais decretos condenatórios.

Pretende-se demonstrar a iminente necessidade de se uniformizar os critérios adotados pelos tribunais para o reconhecimento da mencionada causa de aumento de pena no delito de roubo. Em especial porque a utilização de critérios díspares por parte da jurisprudência representa grave violação ao Princípio da Segurança Jurídica e da Isonomia, razão pela qual imprescindível se faz a uniformização desses parâmetros para que tenhamos uma aplicação isonômica da lei penal.

Serão abordados detalhadamente os seguintes tópicos: O conceito do gênero arma e suas espécies; a exposição das correntes doutrinárias existentes sobre o emprego de arma no crime de roubo, delineando suas especificidades; a análise da arma de brinquedo no cometimento do crime de roubo, em consonância com os motivos pelos quais o verbete sumular nº 147 do STJ foi revogado, e a conseqüente mudança de paradigma quanto à

incidência da majorante do emprego de arma no crime de roubo; 4. Demonstrar a prescindibilidade ou imprescindibilidade da apreensão da arma de fogo e posterior perícia para o reconhecimento da majorante sob análise; 5. Analisar julgados onde houve a incidência da majorante mesmo não havendo a apreensão e posterior perícia da arma empregada no crime. A utilização do exame pericial indireto (artigos 158, 156, e 167 do CPP) como substitutivo do exame pericial direto; 5. A incoerência de alguns julgados no âmbito dos Tribunais Superiores.

1. CONCEITOS DE ARMA COMPREENDIDOS NO ART. 157, §2º, INCISO I DO CP

Necessário se faz, antes de adentrar no mérito da discussão, apresentar de forma concisa os conceitos de arma existentes no direito penal pátrio, haja vista que o inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal refere-se apenas ao termo arma.

Pode-se dizer que dois são os sentidos: o próprio e o impróprio, ambos compreendidos no tipo penal acima descrito. Conforme leciona Fernando Capez¹, entende-se como arma no sentido próprio os instrumentos especificamente criados para o ataque ou defesa (armas de fogo: pistolas, revólveres; arma branca: estilete; explosivos: bombas). São aqueles instrumentos dotados de critério bélico ou técnico.

Por outro lado, arma em sentido impróprio são os instrumentos que não foram criados especificamente para aquela finalidade, mas que são capazes de ofender a integridade física, tais como: facão, faca de cozinha, canivete, machado, barra de ferro, entre outros. A doutrina também utiliza a expressão ‘aspecto vulgar da arma’, haja vista englobar qualquer

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 438.

instrumento capaz de lesionar alguém, bastando que seja utilizado de modo diverso daquele para o qual fora produzido. Assim, conceitua-se como arma imprópria qualquer objeto que possa lesionar, mas que não tenha esta finalidade específica ao ser criado.

Essa classificação é uníssona na doutrina pátria, *exempli gratia*, os ensinamentos de José Henrique Pierangeli²:

[...] Por arma entende-se não só o instrumento especificamente apto a ferir ou produzir dano em uma pessoa, mas também qualquer outro objeto que, uma vez transmutado de sua utilização normal, se converta em instrumento contundente. Temos aqui, portanto, uma classificação em armas próprias e armas impróprias [...].

Assim, o conceito de arma, para fins de tipificação, é todo e qualquer instrumento que possa ser utilizado como meio ofensivo idôneo, apto a causar perigo ou lesionar a pessoa contra qual é empregado. Em outras palavras, arma é qualquer instrumento capaz de vulnerar a integridade física alheia, aumentando o potencial de agressão.

Quanto ao conceito de arma, não se verifica qualquer divergência seja ela doutrinária ou jurisprudencial.

A questão controvertida que se estabelece nos arestos pátrios reside exatamente nos parâmetros utilizados para o reconhecimento da majorante em questão. Isso porque há correntes doutrinárias que se utilizam de critérios distintos para o seu reconhecimento. Dessarte, a depender da posição doutrinária a que se filie o órgão julgador é possível alcançar conclusões diversas em demandas que apresentam exatamente a mesma causa de pedir, o que não se coaduna com os princípios que regem o direito penal moderno, em especial quando se exige uma interpretação dos dispositivos infraconstitucionais em consonância com as normas constitucionais. Exigindo uma reflexão do leitor, basta que se faça as seguintes indagações: (1) Para o reconhecimento da majorante do emprego de arma deve o magistrado perquirir a

² PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, vol. 2, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 231.

existência de eventual potencialidade lesiva da arma de fogo (corrente objetiva) ou bastaria que o instrumento fosse capaz de provocar uma maior intimidação na vítima quando da abordagem delituosa (corrente subjetiva)? E ainda, tornar-se-á imprescindível a apreensão e posterior perícia da arma de fogo para se ter certeza de sua potencialidade lesiva ou tal prova poderia ser feita de outra maneira, por meio de exame pericial indireto? Essas são as indagações que se pretende esclarecer ao longo deste trabalho. Ao menos iremos fornecer ao leitor argumentos necessários para que adote a corrente que entenda de sua conveniência.

1.1 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A APLICAÇÃO DA MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA DE FOGO NO CRIME DE ROUBO

Existem duas correntes, diametralmente opostas, que buscam explicar o que deve ser aferido pelo magistrado para a aplicação da majorante do emprego de arma de fogo no crime de roubo. A doutrina as denomina de corrente subjetiva e corrente objetiva.

Segundo o entendimento adotado pelos que se filiam à corrente subjetiva, capitaneada pelo mestre Nelson Hungria³, a aplicação da referida causa especial de aumento de pena ocorreria ante o poder intimidativo causado na vítima, não havendo necessidade de se aferir a potencialidade lesiva da arma. Dessa feita, não há qualquer relevância em perquirir se a arma era de brinquedo, estava desmuniada, com defeito, ou mesmo não apreendida e não periciada. Segundo suas lições, a ameaça com arma ineficiente (ex: revólver descarregado) ou fingida (ex: um isqueiro com feitiço de revólver), quando a vítima ignora tais circunstâncias,

³ HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. vol. 7, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 58.

não deixa de constituir a majorante, pois a *ratio* da norma penal incriminadora é a intimidação da vítima, de modo a anular ou reduzir sua capacidade de resistência.

No mesmo sentido é a doutrina de Vicente Sabino Júnior⁴ ao mencionar que o emprego de arma ineficiente poderá ser incriminado, bastando que o agredido desconheça essa circunstancia e resulte em sua maior intimidação.

Comunga do mesmo entendimento Fernando Capez⁵ ao lecionar que o fundamento da referida causa de aumento de pena reside no poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, anulando sua capacidade de resistência. Acrescenta o renomado autor:

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 sua possibilidade de reação. Trata-se, portanto, de circunstancia subjetiva. Assim, a arma de fogo descarregada ou defeituosa ou o simulacro de arma (arma de brinquedo) configuram a majorante em tela, pois o seu manejo, não obstante a ausência de potencialidade ofensiva, é capaz de aterrorizar a vítima.

Não se pode olvidar que a corrente subjetiva prevaleceu durante anos no âmbito dos tribunais pátrios, entretanto, restou comprometida quando do cancelamento do verbete sumular nº 174, pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, aos 24.10.2001. O verbete sumular apresentava a seguinte redação: "No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena".

Isso indica que a partir daquela data houve uma alteração da interpretação conferida pelo STJ à lei federal, consoante sua competência constitucional delineada no art. 105, inciso I, alínea f, *usque*, art. 105, inciso III, alínea c da CR/88, fazendo prevalecer o entendimento de que a referida causa de aumento de pena tem por fundamento o perigo real que o emprego de arma representa à incolumidade física da vítima.

As lições de Rogério Sanches Cunha⁶ são precisas quanto à mudança jurisprudencial no âmbito do STJ, aduzindo que a corrente objetiva passou a prevalecer, *v.g*:

⁴ SABINO JR., Vicente. *Direito Penal*. Parte Especial. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967, p. 739.

⁵ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 438-439.

Esse posicionamento, aliás, foi sumulado pelo STJ (Súmula 174). Contudo, em 2001, referido Tribunal Superior retificou seu entendimento (por maioria), decidindo, hoje, que a ameaça, exercida com emprego de simulacro de arma de fogo, inofensiva, apenas é apta a configurar o crime de roubo, mas incapaz de gerar a majorante. Com esse entendimento, ganha força a corrente que exige da arma idoneidade lesiva (respeito ao princípio da lesividade), escapando do aumento também o emprego de arma descarregada ou inapta para a realização de disparos.

Em tese, a retificação do entendimento pelo STJ ao promover o cancelamento do verbete sumular nº 174 significaria o término de toda a divergência acerca da correta aplicação da majorante do emprego de arma no crime de roubo. Tudo indicava que a partir daquele momento seria pacífico no âmbito daquele tribunal adoção pela corrente doutrinária que determina a prova da idoneidade lesiva da arma para fins de aplicação da majorante (corrente objetiva).

Entretanto, demonstrar-se-á ao longo desse trabalho que ainda nos deparamos com julgados recentes que colocam em dúvida a corrente doutrinária adotada para o deslinde da questão, em especial nas hipóteses em que inexistente apreensão e perícia da arma de fogo. Não raros são os acórdãos onde é possível constatar contrariedade entre os fundamentos esposados e a corrente supostamente adotada pelo órgão julgador, qual seja, a corrente objetiva.

Analisa-se a corrente objetiva e os fundamentos que alicerçam sua adoção por parcela tão expressiva da doutrina, e, conseqüentemente, da jurisprudência.

Para os adeptos dessa corrente, a causa de aumento de pena em razão do emprego de arma no cometimento do delito de roubo tem por fundamento o perigo real que representa à incolumidade física da vítima. Atenta-se à maior probabilidade de dano que o emprego de arma representa e não ao temor maior sentido pela vítima. Dessa maneira, torna-se indispensável que a arma apresente idoneidade ofensiva, qualidade que inexistente na arma

⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal Parte Especial. Volume 3. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 131.

descarregada, defeituosa ou mesmo de brinquedo. Pela mesma razão, não se admite a caracterização dessa majorante quando se está diante do uso de arma inapta a efetuar disparos, isto é, inidônea para o fim a que se destina.

Nas precisas lições de Cezar Roberto Bittencourt⁷, a maior probabilidade de dano propiciada pelo emprego de arma aumenta o desvalor da ação, tornando-a mais grave; ao mesmo tempo, a probabilidade de maior êxito no empreendimento delituoso amplia o desvalor do resultado, justificando-se a majoração de sua punibilidade.

Para os adeptos dessa corrente, a arma de fogo necessita ter a chamada idoneidade ofensiva, que é a capacidade de colocar objetivamente em risco a integridade física da vítima. Pois bem, para a corrente objetiva, é imprescindível que haja efetiva idoneidade na potencialidade da arma de fogo empregada pelo agente na prática do tipo de injusto de roubo, ou seja, analisa-se apenas o efetivo perigo que ela possa trazer para a vítima.

Dessarte, a arma de fogo descarregada, defeituosa, de brinquedo, ou aquela não apreendida e periciada, é imprestável para a caracterização da causa de aumento, embora suficiente a constituir a grave ameaça necessária a configuração do crime de roubo simples, na forma do art. 157, *caput* do CP. O raciocínio faz todo sentido, pois, em princípio, não havendo a apreensão da arma, restará impossibilitado o exame pericial necessário a aferir se estava apta ao disparo de projéteis, dessa forma, não há que se falar na majorante do emprego de arma, cuja incidência requer análise de sua potencialidade lesiva.

Enquanto a corrente subjetiva argumenta que a aplicação da majorante reside na maior intimidação da vítima ao se empregar uma arma na prática do delito, a corrente objetiva fundamenta sua aplicação no efetivo perigo que o uso da arma possa trazer à incolumidade física da vítima (potencialidade lesiva).

⁷ BITTENCOSURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. vol 3, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 81.

Comunga do mesmo entendimento, filiando-se à corrente objetiva, o mestre Heleno Claudio Fragoso⁸, ao esclarecer em sua obra: “[...] O fundamento da agravante reside no maior perigo que o emprego da arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria), tenha idoneidade para ofender a incolumidade física [...]”.

Outra não é a inteligência esposada pela doutrina de Celso Delmanto⁹, v.g.:

“[...] Embora a jurisprudência esteja dividida, estamos de acordo com aqueles que não reconhecem a qualificadora no emprego de arma de brinquedo ou descarregada. Estas, bem como a arma imprópria ao disparo, podem, sem dúvida, servir à caracterização de grave ameaça do roubo simples, próprio ou impróprio (caput e § 1º), mas não para configurar a qualificadora, que é objetiva e tem sua razão de ser no perigo real que representa a arma verdadeira, municada e apta a disparar. Se à qualificadora bastasse a intimidação subjetiva da vítima com a arma de brinquedo, coerentemente não se deveria reconhecê-la quando o agente usa arma real, mas o ofendido acredita ser ela de brinquedo... Além do mais, não se pode equiparar o dolo e culpabilidade do agente que emprega arma de brinquedo, descarregada ou imprópria ao disparo, com o de quem utiliza arma verdadeira, carregada e apta [...]” .

Filiam-se à corrente objetiva os seguintes doutrinadores pátrios: Heleno Cláudio Fragoso, Celso Delmanto, Damásio de Jesus¹⁰, Rogério Sanches Cunha¹¹, Álvaro Mayrink da Costa¹², Luiz Regis Prado¹³, Cezar Roberto Bittencourt¹⁴, Rogério Grecco¹⁵, José Henrique Pierangeli¹⁶, entre outros.

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Especial. 9. ed., vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 296.

⁹ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 324-325.

¹⁰ JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Especial*. 30 ed., vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 381.

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches. Op. cit. p. 131.

¹² DA COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal: Parte Especial*. 6 ed., vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 129-130.

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8 ed., vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 323.

¹⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 81.

¹⁵ GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 7 ed., vol. 3. Niterói: Editora Impetus, 2010. p. 68.

¹⁶ PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 231-232.

1.2 O CANCELAMENTO DO VERBETE SUMULAR Nº 174 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A MUDANÇA DE PARADIGMA QUANTO A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE

Conforme exposto anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de suas duas turmas com jurisdição em matéria criminal, capitaneado pelo Min. Félix Fischer, movimentou-se no sentido de revogar o indigitado verbete sumular nº 174, aos 24.10.2001 (Resp 213.054-SP, de relatoria do Min. José Arnaldo da Fonseca), consignando que o emprego de arma de brinquedo, embora não descaracterize o crime de roubo, não é capaz de majorá-lo, uma vez que não apresenta real potencial ofensivo.

Percebe-se que ao cancelar o referido verbete sumular, o Superior Tribunal de Justiça acatou as críticas formuladas pelos defensores da corrente objetiva que atacavam incessantemente a corrente subjetiva com os seguintes argumentos: (1) ofensa ao princípio constitucional da reserva legal (princípio da tipicidade); (2) ocorrência de inaceitável *bis in idem*, porque a ameaça a vítima seria valorada e punida duas vezes (art. 157, *caput* e §2º, inciso I do CP); (3) a ameaça deveria ser apreciada apenas como circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal; (4) afronta ao princípio da proporcionalidade da pena; e (5) perda de sua aplicabilidade, pois com o advento da Lei nº 9.437/97 (art. 10, § 1º, inc. II) tipificou-se o uso de arma de brinquedo ou simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes (lei atualmente revogada), de modo que o tipo penal especial deveria prevalecer sobre a majorante genérica.

O jurista Luiz Flávio Gomes¹⁷, defensor da corrente objetiva, expõe com maestria a análise da majorante sob a ótica do princípio da proporcionalidade, *e.g.*:

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, W. T. de. *Lei das Armas de Fogo*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2002, p. 251.

O grau de censurabilidade de um fato penalmente relevante tem por base o 'desvalor da conduta' ou do 'resultado' (ambos compõem o injusto penal). Um crime cometido por motivo torpe, v.g., apresenta maior reprovabilidade porque a conduta é mais desvaliosa. Uma lesão corporal culposa que implique em deixar a vítima paraplégica é mais culpável porque o resultado é mais desvalioso. Quando há uma real graduação no injusto justifica-se maior pena, mesmo porque cada um deve ser punido na medida da sua culpabilidade. No fundo, essa elementar regra, que está no art. 29 do CP, nada mais é que expressão do princípio da proporcionalidade. Considerando que a arma de brinquedo 'não denota maior risco à vítima ou periculosidade maior na conduta do agente', nada acrescenta de peculiar relevância ao conteúdo do injusto, de tal modo a justificar qualquer agravamento especial da pena. Sendo assim, e comparando-se a arma de brinquedo com a verdadeira, o agravamento da pena em relação àquela resulta flagrantemente desproporcional.

Em sentido semelhante sustenta Cezar Roberto Bittencourt¹⁸, porém sob a ótica do princípio da tipicidade penal, *e.g.*:

Não entraremos na discussão sobre o fundamento da majorante, relativamente à *mens legis* ou *mens legislaore*, que são irrelevantes a partir da publicação do texto legal, uma vez que se deve analisar o que a lei diz e não o que poderiam pretender os criadores. A lei exige o emprego de armas, e arma de brinquedo não é arma, mas brinquedo. Nessa concepção, acompanha-nos Andrei Zenckner Schmidt¹⁹ ao afirmar: Creio que qualquer pessoa, ao ser indagada sobre o significado de uma arma de brinquedo, diria que se trata de um brinquedo, e não de uma arma; um equívoco metodológico, contudo, permitiu um dos mais elevados tribunais afirmar que arma de brinquedo é arma (Súmula 174 do STJ). 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 o emprego de arma verdadeira que qualifica (leia-se *majora*) o crime.

Comunga do mesmo entendimento José Henrique Pierangeli, *e.g.*: (vejamos a crítica por ele feita à corrente subjetiva aduzindo ofensa ao princípio da legalidade)

A jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso, com fundamento na teoria subjetiva, reconhece existir a qualificadora quando o agente faz uso de arma simulada, como o é a arma de brinquedo. Tal entendimento, para nós, é de todo inaceitável, pois se brinquedo é, arma não pode ser, ocorrendo uma flagrante violação ao princípio da legalidade, assegurado, inclusive, pela Constituição (art. 5º, inciso XXXIX), pois os elementos normativos formadores do tipo devem ser interpretados culturalmente com o máximo rigor, posto que compõem uma unidade chamada proibição, que de

¹⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 82-83.

¹⁹ SCHMIDT, Andrei Zenckner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 189.

forma direta ou indireta garante o direito de liberdade ao indivíduo. Se, é verdade, o brinquedo que se parece com uma arma pode se converter em meio para uma intimidação, nem por isso ele se transforma em arma. Assim, uma arma fictícia (revolver de brinquedo), se é meio idôneo para a prática da ameaça, não é bastante para qualificar (leia-se majorar) o roubo.

Ainda hoje, há quem defenda na doutrina (v.g. Fernando Capez) a incidência da causa de aumento de pena em se tratando de arma de brinquedo. Para adotar tal entendimento é imprescindível que se filie à corrente subjetiva, que conforme expusemos preza pelo maior poder de intimidação que o emprego de arma acarreta na vítima, caso contrário não haverá qualquer lógica no raciocínio defendido.

Torna-se necessário sistematizar a evolução jurisprudencial quanto ao emprego de arma de brinquedo no crime de roubo: predominava no âmbito Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a incidência da majorante em questão era de rigor quando havia uma maior intimidação da vítima em razão do emprego da arma (fosse ela de brinquedo ou não), adotava-se o critério subjetivo. Deve-se saudar a sensibilidade, inteligência e, principalmente, o bom senso de nossos ministros que no julgamento do Resp 213.054-SP, revogaram o verbete sumular nº 174, alterando assim o entendimento acerca da aplicação da majorante em questão. A partir de 24.10.2001, a interpretação predominante no STJ a respeito do art. 157, §2º, inciso I, do CP, passou a ser de que a incidência da majorante deveria respeitar o critério objetivo do emprego de arma de fogo no crime de roubo, ou seja, o emprego da arma deveria importar em real possibilidade de lesão a incolumidade física da vítima.

É possível extrair do voto do Min. Relator no REsp nº 213.054-SP²⁰ os argumentos que ensejaram a alteração de paradigma no âmbito daquela corte, vejamos:

Esses argumentos, de inquestionável coerência dogmática e rigor científico, convenceram-me de que o enunciado da Súmula 174 não pode subsistir frente ao

²⁰ Resp nº 213.054-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. DJ 24.10.2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=73350&sReg=199900399609&sData=20021111&sTipo=2&formato=PDF. Acesso em: 10 nov. 2010.

Direito Penal moderno, objetivo e humanitário, que não se coaduna com a analogia in malam partem ou mesmo com a interpretação analógica da norma penal com o intuito de prejudicar o réu, até porque a pena, na lição de ROXIN (Claus Roxin, Iniciación al derecho penal de hoy, trad., Sevilha, 1981, p. 23, apud NILO BATISTA) "é a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado.

Ademais, uma vez que a Lei 9.437, de 20.02.1997, em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes (embora a aplicabilidade dessa nova tipificação também seja bastante discutível), o fato é que com ela a Súmula 174 não tem mais razão de existir.

Ante o exposto, proponho o cancelamento do verbete de nº 174 da Súmula do Tribunal e, se acolhida a proposta, voto pelo desprovimento do presente recurso especial.

Dessa feita, poucos não foram os motivos que ensejaram a adoção no âmbito do STJ pelo critério objetivo. Em tese, o cancelamento do verbete sumular nº 174 do STJ teria o condão de pacificar a controvérsia jurisprudencial que se instaurava naquela corte, porém, outras questões controvertidas surgiram a partir de então, como por exemplo: Como deve proceder o magistrado diante da ausência de apreensão da arma de fogo, inviabilizando, assim, a elaboração de exame pericial capaz de verificar a existência ou não de potencialidade lesiva da arma empregada no roubo?

2. COMO DEVE SE POSICIONAR O MAGISTRADO QUANDO NÃO HÁ A APREENSÃO DA ARMA DE FOGO, RESTANDO INVIABILIZADA A SUA PERÍCIA

Há de se considerar que desde a revogação da súmula nº 174 do STJ, este tribunal superior passou a adotar o entendimento de que a análise da potencialidade lesiva da arma de fogo é imprescindível para a aplicação da majorante elencada no art. 157, §2º, inciso I, do CP. Em suma, o entendimento que vige atualmente no STJ orienta a adoção do critério objetivo para fins de aplicação da majorante do emprego de arma no crime de roubo.

Conforme explanado anteriormente, o critério objetivo fundamenta-se no fato de que o uso de uma arma, própria ou imprópria, na prática do crime de roubo implica em uma maior gravidade da ação (maior desvalor da ação), e portanto, é capaz de ensejar uma maior reprimenda penal, não pelo maior poder de intimidação da vítima ou pela diminuição de seu poder de resistência, mas sim pelo fato de provocar um incremento do risco à integridade física da vítima, ou seja, pune-se de forma mais grave uma conduta onde o perigo de dano concreto é bem maior do que outras formas de realização do mesmo tipo penal. Ademais, o emprego de arma com potencialidade lesiva enseja um maior desvalor da ação (pois coloca em maior risco o bem jurídico tutelado pelo tipo penal), bem como um maior desvalor do resultado (considerando aumentar a probabilidade de êxito no empreendimento delituoso), razão pela qual se justifica a majoração de sua punibilidade.

Assim, é absolutamente imprescindível que a arma empregada possua idoneidade lesiva. Isso significa que, na ocasião, a arma deve ter aptidão de produzir o resultado danoso que naturalmente se espera dela.

Nesse desiderato de idéias, a arma de brinquedo, desmuniada, simulacro de arma de fogo, ou ainda aquela que não esteja apta a produzir disparo de projétil (independentemente do motivo) não possui o condão de majorar o crime de roubo, embora seja suficiente a configuração do delito de roubo simples (art. 157, *caput* do CP), dada a ameaça inerente ao emprego daquele instrumento.

Toda a celeuma gira em torno da seguinte indagação: Como o órgão julgador irá averiguar a potencialidade lesiva da arma (requisito este essencial para a aplicação da majorante) quando esta não restou apreendida?

Basta uma simples pesquisa na jurisprudência pátria para observarmos que os órgãos julgadores têm se utilizado do exame de corpo de delito indireto²¹ (art. 158 c/c art. 167 do CPP) como forma de suprir a prova que em princípio deveria ser demonstrada através do exame de corpo de delito direto (exame pericial). Quanto a isso, não há qualquer equívoco por parte do magistrado, haja vista que a norma prevista no artigo 167 do CPP aponta justamente nesse sentido, possibilitando o suprimento da prova pericial por meio da prova testemunhal²², *e.g.*:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2o., I DO CPB. PENA-BASE: 5 ANOS DE RECLUSÃO. TOTAL CONCRETIZADO: 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE PARA A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. INVIÁVEL A MAJORAÇÃO DA PENA-BASE CALCADA EM AÇÕES PENAIS E INQUÉRITOS EM CURSO. PRECEDENTES DO STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA DETERMINAR A REVISÃO DA APENAÇÃO, DESCONSIDERANDO-SE OS ANTECEDENTES MENCIONADOS NO DECRETO CONDENATÓRIO.

1. A apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no roubo são desnecessárias para configurar a causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. Precedentes do STJ e STF.

(STJ. HC nº 133.333/RJ, Quinta Turma, Rel Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 03.11.2009)²³

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO COM A MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. IRRELEVÂNCIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA DO DELITO DE ROUBO. CONSIDERAÇÃO MERAMENTE QUANTITATIVA. OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO EM RAZÃO DA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE.

²¹ Art. 158 do CPP – “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

²² Art. 167 do CPP – “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 133.333/RJ, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma. DJe 03.22.2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=100900653255edt_publicacao=03/11/2009. Acesso em: 03 mai. 2010.

1. É desinfluyente para o reconhecimento da causa de aumento inserta no inciso I do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal, a não-apreensão da arma de fogo, se a prova oral certifica o seu emprego no roubo.

2. Admite a lei processual penal, ainda que se cuide de infração penal intransiente, o exame de corpo de delito indireto e, havendo desaparecido os vestígios do crime, o suprimento da prova pericial pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigos 158 e 167).

[...]

8. Impõe-se a reforma do decreto condenatório que, ao aplicar a regra do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal, limita-se a fazer consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de pena, elevando a pena-base de três oitavos. Precedentes desta Corte Superior de Justiça.

(STJ. HC 45.512/SP, Quinta Turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJe 22.09.2008)²⁴

Uma vez demonstrado o fundamento legal que permite a utilização de qualquer meio de prova lícito em substituição à prova pericial, dúvidas não há quanto à licitude do ato jurisdicional que defere tal substituição, o que inclusive se coaduna com a busca da verdade material. O que se deve atentar é para o objeto da prova necessário ao reconhecimento da majorante do emprego de arma. E isso irá depender da corrente doutrinária a ser adotada pelo órgão julgador, podendo este optar pela corrente subjetiva ou objetiva. Filiando-se à primeira (subjetiva) bastará tão somente qualquer meio de prova que comprove ao julgador a utilização na ação criminosa de qualquer instrumento parecido com uma arma, desde que capaz de provocar maior intimidação na vítima. Por outro lado, filiando-se à segunda (objetiva), o objeto da prova é justamente a comprovação de que a arma utilizada possuía idoneidade lesiva, ou seja, que era capaz de levar maior perigo à vida ou à incolumidade física da vítima. (v.g: na hipótese do emprego de arma de fogo, mister se faz provar a aptidão para disparo de projéteis naquela ocasião).

Nesse sentido, ao se adotar a corrente objetiva (altamente majoritária em nossos tribunais), deve o julgador primeiramente restringir o objeto da prova ao instrumento utilizado

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 45.512/SP, Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Quinta Turma. DJe 22.09.2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=100800753265edt_publicacao=22/09/2008. Acesso em: 03 mai. 2010.

na prática delituosa, que no caso será uma arma, para que posteriormente possa avaliar a existência de sua potencialidade lesiva.

Partindo-se da premissa de que houve o emprego de arma de fogo no cometimento do roubo, e que esta tenha sido apreendida, a prova pericial é perfeitamente capaz de aferir se a arma possuía ou não potencialidade lesiva, isto é, se estava apta ao disparo de projéteis naquela ocasião. Essa prova é capaz de garantir ao juízo que não se tratava de arma de brinquedo, simulacro de arma de fogo, ou ainda que estava municada sendo capaz de produzir a lesão que se espera de uma arma própria.

E é exatamente isso que se deve exigir da prova testemunhal quando ela funciona como substitutiva da prova pericial. Assim, se o depoimento da vítima ou a inquirição da testemunha afirma somente que o autor do crime portava uma arma de fogo no momento da abordagem delituosa, tal meio de prova não será suficiente a demonstrar ao juízo a potencialidade lesiva do instrumento, de modo que não se pode aplicar a majorante nessas hipóteses, até mesmo porque poderia tratar-se de uma arma de brinquedo, e como dito anteriormente arma de brinquedo não é arma, mas sim brinquedo.

Tratamento diverso deve ser dado à prova oral quando a vítima ou testemunhas afirmam a ocorrência de disparo durante a prática do delito. Nesses casos, o meio de prova substitutivo (oral) teria cumprido satisfatoriamente o que se pretendia provar pelo meio de prova substituído (pericial), isto é, a potencialidade lesiva da arma restou demonstrada, fazendo jus ao reconhecimento da majorante.

Entretanto, essa não é a forma de julgamento que temos verificado ao analisar considerável parcela dos arestos proferidos nos tribunais pátrios. E aí reside a incongruência que tenho apontado ao longo deste trabalho, pois apesar de muitas vezes os julgadores interpretarem o dispositivo penal em análise sob a ótica do critério objetivo (exigindo a comprovação da potencialidade lesiva da arma para fins de aplicação da majorante), ao se

depararem com a necessidade de utilização do exame de corpo de delito indireto (art. 167 do CPP), os julgados não apresentam um raciocínio congruente, pois embora enunciem a adoção do critério objetivo, na realidade não julgam a demanda com base nesse critério, mas sim com base no critério subjetivo, dispensando a efetiva comprovação da potencialidade lesiva da arma.

Não raros são os julgados²⁵ onde se reconhece a majorante em questão (*data máxima vênia*) de forma equivocada, porquanto o decreto condenatório considera apenas que o exame de corpo de delito indireto (prova testemunhal) foi capaz de comprovar o emprego de um instrumento semelhante a uma arma de fogo na prática do roubo, o que conforme já demonstrado, não é suficiente para fundamentar a aplicação da majorante, dado que não se analisou a eventual potencialidade lesiva daquele instrumento.

Em outras palavras, se a vítima ou as testemunhas não apontam para a ocorrência de disparo de arma de fogo durante a abordagem delituosa, restringindo-se apenas a declarar o emprego de um instrumento semelhante a uma arma de fogo, ausente estará a comprovação da potencialidade lesiva da arma. Dessa forma, essa prova não é capaz de ensejar a aplicação da majorante, mas apenas a configurar o delito de roubo simples, na forma do art. 157, *caput*, do CP. E o raciocínio não poderia ser outro, pois a prova produzida por meio do exame pericial indireto comprovou apenas a presença de instrumento capaz de provocar ameaça na vítima, o que é suficiente e necessário para a tipificação do roubo simples, mas nada além disso.

3. CRÍTICA AO EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO C/C A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO COMO FUNDAMENTO PARA APLICAÇÃO DA MAJORANTE

²⁵ STJ. HC nº 133.333/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 03.11.2009; STJ. HC 45.512/SP, Quinta Turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJe 22.09.2008

Há também os julgados pátrios que têm se utilizado de prova produzida em exame de corpo de delito indireto (prova testemunhal) em conjunto com o argumento de distribuição do ônus da prova para justificar a incidência da majorante do emprego de arma de fogo quando ausente sua apreensão e conseqüente perícia.

Para ilustrar o raciocínio descrito acima, colacionamos o acórdão de relatoria do Min. Hamilton Carvalhido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, *v.g.*:

HABEAS CORPUS. ROUBO COM A MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA. NÃO APREENSÃO DESTA. IRRELEVÂNCIA.

1. Em sendo forte e inequívoca a prova oral, é desinfluyente para o reconhecimento da causa de aumento inserta no inciso I do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal, a não apreensão da arma de fogo empregada no roubo.
2. Ainda que se cuide de infração penal intranseunte, admite a lei processual penal o exame de corpo de delito indireto em havendo desaparecido os vestígios, o suprimento da prova pericial pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigos 158 e 167).
3. **Presume-se juris tantum a aptidão ofensiva da arma, sendo da parte que a nega o ônus da prova** (Código de Processo Penal, artigo 156).
4. Ordem denegada.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Leal.

(Processo HC 17900 / SP; HABEAS CORPUS 2001/0095958-2; Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112); Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA; Data do Julgamento 13/11/2001; Data da Publicação/Fonte DJ 25.02.2002 p. 450)

O acórdão supracitado faz uso de dois argumentos para aplicação da majorante em questão, o primeiro deles é a substituição do exame de corpo de delito direto (prova pericial) pelo exame de corpo de delito indireto (prova testemunhal), na forma do art. 158 c/c art. 167, ambos do CPP; já o segundo consiste na distribuição do ônus probatório pelas partes da demanda, com fulcro no art. 156 do CPP.

Antes de adentrar na análise dos argumentos descritos acima, deve-se deixar claro ao leitor que partimos da premissa de que a prova testemunhal produzida afirma apenas a utilização de instrumento semelhante a uma arma de fogo quando da abordagem delituosa, ou seja, os testemunhos não apontam para a ocorrência de qualquer disparo de arma de fogo durante a prática do injusto penal, pairando dúvidas acerca de sua potencialidade lesiva.

Isso porque quando a prova testemunhal é incisiva ao afirmar a ocorrência de disparo de arma de fogo, evidencia-se a potencialidade lesiva da arma, satisfazendo às exigências da corrente objetiva. Dessa maneira, seria desnecessário a utilização do argumento de distribuição do ônus probatório como forma de justificar a aplicação da majorante.

Pois bem, analisemos o argumento de distribuição do ônus probatório constante do referido acórdão.

Ao se utilizar de uma interpretação meramente literal, diga-se de passagem, simplista, do dispositivo elencado no art. 156 do CPP, assinala o v. aresto que seria ônus probatório do acusado comprovar que a arma utilizada na prática do crime de roubo não possui idoneidade lesiva. Isso porque aquele dispositivo apresenta a seguinte redação: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, (...)”. Dessa maneira, em sendo fruto de suas alegações, incumbe ao acusado provar que a arma utilizada não detinha idoneidade lesiva na ocasião.

Data máxima vênia, equivocado o raciocínio esposado pelo ilustre ministro. Não se pode admitir no campo do Processo Penal o emprego de presunções legais atentatórias ao direito de liberdade, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência (por alguns denominado de princípio da não culpabilidade), previsto no art. 5º, inciso LVII, da CRFB.

Ademais, considerando o sistema acusatório, incumbe ao Estado-acusação o ônus de provar todos os elementos que compõem o conceito estratificado de crime (tipicidade,

ilicitude e culpabilidade), e todas as suas circunstâncias, mormente quando hábeis a majorar ou agravar a pena.

Ilustrando o que foi dito, não é pelo simples fato de o acusado ter expressado em seu interrogatório que a arma usada era de brinquedo, que lhe deve ser imputado o ônus de provar tal alegação, sob pena de em não o fazendo, ter como verdadeiro que a arma empregada era autêntica, encontrava-se municada, e apta ao disparo de projétil na ocasião.

Ora, “o emprego de arma de fogo” constitui elemento normativo do tipo, não do roubo simples (art. 157, caput, do CP), mas sem sombra de dúvidas do roubo circunstanciado (art. 157, §2º do CP). Dessa forma, trata-se de juízo de tipicidade, incumbindo ao Estado-acusação seu ônus probatório.

Assim, adotando-se a corrente objetiva, a qual exige a prova da potencialidade lesiva da arma para aplicação da majorante, a conclusão não pode ser outra senão a de que incumbe ao Estado-acusação não só a prova de tratar-se o instrumento utilizado na prática do roubo efetivamente de uma arma, mas também que a arma, naquela ocasião, detinha potencialidade lesiva. Entendimento diverso, como parece sustentar o ilustre ministro seria como se adotasse uma corrente intermediária, equidistante da corrente objetiva e da corrente subjetiva.

Essa corrente intermediária se aproximaria da corrente subjetiva na medida em que não seria necessária a efetiva comprovação da potencialidade lesiva da arma nas hipóteses em que não houvesse sua apreensão (devido à alegada presunção de lesividade), por outro lado se distanciaria dessa corrente porquanto não se poderia aplicar a majorante nas hipóteses em que restasse comprovado o uso de arma de brinquedo (o que seria irrelevante para a corrente subjetiva, haja vista perquirir uma maior intimidação da vítima).

Essa corrente se aproximaria da corrente objetiva pelo fato de que a utilização de arma de brinquedo, arma desmunicada, ou arma inapta ao disparo de projétil não seria capaz de ensejar a aplicação da majorante (devido à ausência de potencialidade lesiva do

instrumento), entretanto, se afastaria da posição objetiva na medida em que a prova testemunhal (mesmo quando inexistente qualquer menção ao disparo de projétil) juntamente com o argumento de distribuição do ônus probatório seriam suficientes a majorar a prática do roubo (o que é incompatível com a corrente objetiva, eis que não teria havido a efetiva comprovação da potencialidade lesiva da arma).

Portanto, a questão não é tão simplória como aparenta a argumentação do acórdão. Não se trata de distribuir o ônus probatório pela alegação das partes, sob a ótica de uma interpretação literal do art. 156 do CPP, mas sim de se atribuir ao Estado-acusação o ônus probatório da tipicidade do fato imputado, entendimento diverso tornaria qualquer condenação absolutamente ilegítima e violadora dos direitos e garantias constitucionais e fundamentais do ser humano.

4. ARESTOS QUE CORRETAMENTE APLICARAM A TEORIA OBJETIVA, SEM QUALQUER INCONGRUÊNCIA NO RACIOCÍNIO

Demonstrar-se-á ao leitor alguns julgados onde houve a correta aplicação da corrente objetiva, posto que, embora não tenha havido a apreensão e a consequente perícia na arma de fogo, o órgão julgador permaneceu fiel à corrente adotada, perquirindo a comprovação da potencialidade lesiva da arma (requisito da corrente objetiva) durante a análise das provas. Em não restando provado tal requisito deixou de aplicar a majorante em questão.

É o entendimento que tem prevalecido na 6ª Turma do STJ, conforme se poder extrair dos ensinamentos da eminente Min. Maria Thereza de Assis Moura ao proferir seu voto-vista no Habeas Corpus n. 59.350-SP²⁶:

A necessidade de apreensão e de perícia da arma de fogo no delito em exame possui a mesma raiz hermenêutica que inspirou a revogação da Súmula n. 174, desta Corte. 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.

Acrescenta a Ministra ao esclarecer a evolução do entendimento jurisprudencial que culminou com a revogação do verbete sumular nº 174 do STJ²⁷:

A Súmula também foi questionada com o advento da Lei n. 9.437 /97, que criou o delito de uso de arma de brinquedo para a prática de crimes, que deu azo a imputações acoimadas de bis in idem: roubo com emprego de arma e crime de uso de arma de brinquedo (revogado pela Lei n. 10.826 /2003). No entanto, o fator preponderante que levou à alteração do norte jurisprudencial foi a alteração no critério, passou-se de um exame subjetivo para um objetivo. 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.

A ilustre Ministra ainda fez questão de trazer a baila alguns questionamentos em que se depara o órgão julgador ao analisar os delitos de roubo com suposto emprego de arma de fogo, v.g.:

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 59.350/SP, Relator: Min. Paulo Gallotti. Quinta Turma. DJe 25.05.2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=1008002353265edt_publicacao=25/05/2007. Acesso em: 05 mai. 2010.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Verbetes Sumular nº 174 do STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=1008076553265edt_publicacao=22/09/2008. Acesso em: 05 mai. 2010.

(i) Sem a apreensão, como seria possível dizer que a arma do paciente não era de brinquedo ou se encontrava desmuniada?

(ii) 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.

Para corroborar seu entendimento, ainda fez questão de colacionar a ementa do acórdão proferido no julgamento do HC 59350²⁸, de relatoria do Min. Paulo Gallotti:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE.

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 da arma de fogo e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física. 3. ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento. 4. Ordem concedida. (HC 59350 - Rel. Min. Paulo Gallotti - Dj 25/05/07).

Outro não é o entendimento da Exma. Min. do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia Ministros, senão vejamos:

PRIMEIRA TURMA - Roubo: Emprego de Arma de Fogo e Causa de Aumento: A Turma iniciou julgamento de habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que restabelecera a condenação do paciente ao fundamento de que, para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não seria exigível que a arma de fogo fosse periciada ou apreendida, desde que comprovado, por outros meios, que fora devidamente utilizada para intimidar a vítima. No caso, o paciente ingressara, com arma de fogo na cintura, em estabelecimento comercial e, subjugando funcionária, subtraía valores. A impetração requer a manutenção da pena imposta pelo tribunal de origem, ao argumento de que seria indispensável a apreensão e a perícia da arma para aferição da mencionada causa de aumento. Sustenta que a potencialidade lesiva desse instrumento não poderia ser atestada por outros elementos de prova contidos nos autos. A Min. Cármen Lúcia, relatora, deferiu o writ para anular o referido acórdão do STJ e restabelecer a condenação do paciente pelo crime de roubo, descrito no art. 157, caput, do CP. Entendeu que o emprego de arma de fogo simulada, ineficiente, descarregada ou arma de brinquedo não poderia constituir causa especial de aumento de pena na prática do roubo, embora pudesse servir de instrumento de intimidação. Asseverou ser incabível dar ao objeto "arma" alcance extensivo, diverso daquele que a caracteriza como instrumento capaz de

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 59.350/SP, Relator: Min. Paulo Gallotti. Quinta Turma. DJe 25.05.2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=1008002353265edt_publicacao=25/05/2007. Acesso em: 05 mai. 2010.

lesar a integridade física de alguém, sob pena de se atribuir à majorante interpretação diversa para conseqüente aplicação extensiva, proibida no Direito Penal. Assim, enfatizou que, se a arma não for apreendida para fins de perícia ou não for possível atestar a sua potencialidade lesiva por outros meios de prova, como ocorreria na espécie, não teria a acusação como fazer prova da idoneidade da arma. Nessas condições, considerou que a aludida arma deveria ser reputada inidônea à ofensividade exigida pela norma, e, ainda, ineficaz à causação efetiva ou potencial de dano, o que impediria a incidência da causa de aumento disposta no inciso I do § 2º do art. 157 do CP. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski. HC 92871/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1º.4.2008. (HC-92871).

Comunga do mesmo entendimento o Exmo. Min. do Supremo Tribunal Federal

Cezar Peluso, *e.g.*:

EMENTA: 1. AÇÃO PENAL. Interrogatório. (...). 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, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008, DJe-232 DIVULG 04-12-2008 PUBLIC 05-12-2008 EMENT VOL- 02344 -02 PP-00288).

Esse é o entendimento pretoriano que tem prevalecido na 2ª Turma do STF, confira:

Roubo: Emprego de Arma de Fogo e Causa de Aumento: A Turma, invocando recente decisão por ela proferida no HC 95142/RS (DJE de 5.12.2008) ? segundo a qual não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, a título de emprego da arma de fogo, se esta não foi apreendida e nem periciada, sem prova do disparo. Deferiu, em parte, habeas corpus para afastar a mencionada qualificadora e restabelecer a pena proferida pelo tribunal de origem. Na espécie, condenados como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do CP pleiteavam o afastamento da qualificadora de emprego de arma de fogo, já que esta não fora devidamente apreendida para comprovar a existência, ou não, de seu potencial lesivo. , rel. Min. Cezar Peluso, 14.4.2009. (informativo n. 542, de 13 a 17 de abril de 2009)

Curioso é o entendimento esposado pelo Min. Ricardo Lewandowski ao divergir do voto relatado pela Min. Carmem Lúcia no julgamento do HC 92871²⁹ (acima transcrito), a qual restou vencida ao final, prevalecendo inexplicavelmente o voto do citado ministro.

Segundo o ilustre Ministro seria de rigor a aplicação da referida majorante, mesmo nos casos onde a arma não restasse apreendida e periciada, e ainda que a prova testemunhal não tenha atestado qualquer disparo de projétil durante a prática delituosa. O ministro utiliza-se dos argumentos processuais já mencionados neste trabalho, são eles: (1) o suprimento do exame pericial pela prova testemunhal (art. 167 do CPP); (2) a distribuição do ônus probatório por meio de uma interpretação literal do art. 156 do CPP, e (3) inova ao aduzir que a arma de fogo pode ser usada como instrumento contundente apto a produzir lesões graves mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis.

O aspecto intrigante de seu voto reside justamente no fato de que como a arma sequer foi apreendida e as testemunhas não afirmaram a ocorrência de disparo, como o i. ministro pôde presumir que tratava-se de arma autêntica e não de arma de brinquedo, posto que se de brinquedo fosse, incontroverso seria o decote da majorante na condenação. Evidencia-se mais uma hipótese de presunção em desfavor do réu, o que representa afronta ao princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos, LVII, LIV e LV, da CR/88), violando flagrantemente o sistema acusatório, conforme já expusemos.

CONCLUSÃO

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 92.871, Relatora originária: Min. Carmem Lúcia, Relator p/ acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. DJe 01.04.2008. Disponível em: https://ww2.stf.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=1008002353265edt_publicacao=01/04/2008. Acesso em: 05 mai. 2010.

Diante do exposto nesse trabalho, a conclusão a que se chega é que o emprego da arma de fogo assume caráter objetivo, e por essa razão, é imprescindível a aferição da potencialidade lesiva do instrumento (arma de fogo), o que somente vai restar configurado em duas hipóteses: quando houver a apreensão da arma de fogo e sua posterior perícia, ou quando o exame de corpo de delito indireto comprovar a ocorrência de disparo na ocasião (v.g testemunhas afirmarem incisivamente a ocorrência de disparo de arma de fogo durante a prática delituosa). Caso contrário, inexistindo comprovação idônea da potencialidade lesiva do instrumento utilizado na prática do delito, outra não pode ser a tipificação dada senão a de que o agente deverá responder pelo roubo simples, previsto no *caput* do art. 157 do CP. Em outras palavras, quando não restar comprovada a potencialidade lesiva do instrumento empregado na prática do delito de roubo, mister se faz o decote da majorante, devendo o acusado responder pelo delito de roubo simples, na forma do art. 157, *caput*, do CP.

REFERÊNCIAS

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 2: parte especial (arts. 121 a 361). 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BITTENCOSURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal*. Parte Especial. Volume 3. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DA COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal*. Parte Especial. Volume 5. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, Fernando César. *A NÃO incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I, § 2º do art. 157 do Código Penal ante a ausência de apreensão e perícia da arma de fogo*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 13 de maio de 2009. Acesso em 06.11.2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - Parte Especial*, Volume I. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, W. T. de. *Lei das Armas de Fogo*, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; DAMÁSIO Bárbara; DONATI, Patrícia. *Roubo: imprescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo para o aumento da pena*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 07 de abril de 2009. Acesso em 02.11.2010.

GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial: arts. 155 a 249 do CP. Volume III. 7 ed. Niterói: Editora Impetus, 2010.

HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Volume VII: artigos 155 a 196. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Parte Especial. 2º volume. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, v. 2. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2. Parte Especial: arts. 121 a 249. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SABINO JR., Vicente. *Direito Penal - Parte Especial*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

SCHMIDT, Andrei Zenckner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09.11.2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 09.11.2010.