

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.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

De início, insta consignarmos que o tema estudado neste desiderato de ideias causa grande celeuma entre os juriconsultos, mormente pela equivocada análise subjetiva da questão envolvendo a arma de fogo, e notadamente a sua aplicação em algumas casuísticas.

Com efeito, doutrina e jurisprudência pátrias mostram-se, de forma majoritária, tendentes à consideração da causa de aumento de pena prevista no inciso I, do § 2º, do art. 157 do Código Penal (do emprego de arma de fogo), ainda que este instrumento de ataque ou defesa (sentido próprio de arma que abaixo estudaremos) não seja apreendido e devidamente periciado.

Pois bem, o art. 157 do Código Penal define o crime de roubo da seguinte forma:

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

No § 2º, em seu inciso inaugural, temos a indigitada causa de aumento de pena:

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até a metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

De forma abstrativa podemos dizer que o crime de roubo é um furto (CP, art. 155) marcado pela violência ou a grave ameaça empregada sobre a vítima com o fim de reduzir a capacidade de resistência à coisa, ou seja, diferem-se pelas elementares da violência física (a “**vis physica**”, quando o Código Penal diz só violência, esta há que ser física, denotando esforço físico do agente sobre a vítima e não sobre a coisa) ou psíquica (a “**vis animo illata**”, que pela dicção do Código Penal, é a grave ameaça), ou, de outro meio que impeça (ou mesmo reduza) a resistência da vítima, circunstâncias marcadas pelo dolo do agente, que em ambos os crimes é dirigido para a subtração da coisa.

Nessa dedução, podem-se precisar os bens jurídicos protegidos no crime

de roubo, quais sejam, (i) o patrimônio, sendo a posse, a propriedade ou, para muitos, a mera detenção; (ii) a liberdade individual, bem jurídico violado quando o crime for perpetrado mediante grave ameaça; e por fim, (iii) a integridade física e psíquica da vítima.[1]

Várias são as noções postas, em doutrina, sobre a ameaça. Entretanto, o que temos que ter em mente é que a ameaça (também chamada de violência moral, “vis compulsiva” ou “vis animo illata”), é apenas a inserção da conduta proscrita no crime descrito no art. 147 do Código Penal, ou seja, o crime autônomo de ameaça, está inserido no crime de roubo, quando a subtração é feita mediante grave ameaça.

Doutrinariamente, roubo é **crime consuntivo** (porque absorve) e a ameaça, **consunto** (porque é absorvido).[2] Desta feita, notadamente no crime de roubo, abre-se a assertiva tormentosa, vez que demanda um cotejo de institutos jurídico-penais, dentre os quais a simulação de arma de fogo com o fito de reduzir a capacidade de resistência da vítima, tendo, destarte, caminho livre, o agente, para a subtração da coisa.

Com efeito, não há como negar que a simulação do emprego de arma de fogo se reveste de meio perfeitamente idôneo para intimidar a vítima, ou seja, subsume-se em grave ameaça, prevista na cabeça do art. 157 do Código Penal, caracterizando, assim, o crime de roubo. Este entendimento é supedaneado em forte manifestação jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o que se vê abaixo:

“PENAL. ROUBO. AMEAÇA COM SIMULAÇÃO DE USO DE ARMA DE FOGO. INTIMIDAÇÃO DA VÍTIMA. - A simulação do uso de arma de fogo durante a subtração de bens configura a grave ameaça caracterizadora do crime de roubo, pois tal conduta é suficiente para causar a intimidação da vítima. - Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 87.974/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 09.11.1999, DJ 29.11.1999 p. 210).

Nessa seara de ideias, trouxe o legislador penal causas de aumento de pena, demonstrando claramente um maior rigor para quem utiliza os modos e meios ali lançados, mais ainda, confirmando uma maior reprovação da conduta, afora a explícita possibilidade de maior ofensa aos bens jurídicos protegidos pela norma penal. Assim, na parte que nos interessa, aumenta-se a pena de um terço até a metade, se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma, inciso I, do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Vale dizer, a conduta descrita no art. 157, § 2º, inciso I, é de forma equivocada chamada roubo qualificado pelo emprego de arma. Frisa-se que apesar desse “nomen iuris” encontrar respaldo na jurisprudência, não se trata de qualificadora alguma, mas sim de causa de aumento de pena. A lei penal não fixa novos limites de pena (mínimo e máximo - traço característico dos tipos derivados-qualificados). Determina que seja aumentado à pena um montante, que

sempre há de ser taxativo em forma de percentagens (frações de, p. ex., 1/6, 1/3, 1/2 etc.).

Assim, o correto é aduzirmos que se trata de uma causa de aumento de pena, e para tanto aduzir que se trata de um “roubo majorado” ou “circunstanciado”. Isso ao menos para sermos afeitos à necessária precisão terminológica, o que, em Direito, assume patamares de “conditio sine qua non”.

2. ARMA: SENTIDO PRÓPRIO E IMPRÓPRIO

Convém, antes de adentrarmos ao cerne da discussão, discorrermos de forma sucinta sobre os conceitos de arma existentes em Direito Penal, haja vista que o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal limita-se a se referir ao termo arma, somente. Assim sendo, dois são os sentidos: o **próprio** e o **impróprio**.

No sentido próprio, arma seria aquele artefato criado especificamente para ataque e defesa (aspecto técnico). Seu destino original é o ataque e a defesa. Estamos diante do critério bélico de arma. Aqui incluímos a arma de fogo, foco do nosso trabalho.

Já a arma em seu sentido impróprio, ou chamado aspecto vulgar da arma[3], é qualquer instrumento que se torne vulnerante, bastando que seja utilizado de modo diverso daquele para o qual fora produzido (como, por exemplo, uma faca, um machado, uma foice, uma tesoura etc.)[4], ou seja, a arma imprópria é qualquer objeto que possa ferir ou matar, mas que não possui, originalmente, esta finalidade específica, que não foi criada para isso.

E quanto à aplicação da majorante do emprego de arma de fogo: para a sua ocorrência bastaria a intimidação da vítima - pouco importando se a “arma” for de brinquedo, estiver ela desmuniada, com defeito ou mesmo não apreendida e não periciada -, ou é necessário a aferição da idoneidade da eventual lesividade ocasionada pela utilização da arma de fogo?

Antes dessa resposta, mister a digressão sobre as correntes existentes sobre o assunto no imanente e apaixonante universo do Direito Penal.

3. CORRENTES QUANTO AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO

Basicamente existem duas correntes (por sinal diametralmente opostas), que buscam esta explicação, a **subjéitiva** e a **objéitiva**. Para a corrente subjéitiva, capitaneada pelo mestre **Nelson Hungria**, seria obrigatoriamente aplicada a majorante ante o poder intimidativo causado na vítima, pouco importando se a arma for de brinquedo, estiver ela desmuniada, com defeito ou mesmo não apreendida e não periciada. Já disse o mestre:

“A ameaça com arma ineficiente (ex: revólver descarregado) ou fingida (ex: um isqueiro com feitiço de revólver), mas ignorando a vítima tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a ratio desta é a intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir”.**[5]**

E nesse mesmo sentido já decidiu a jurisprudência nacional:

“Roubo - Arma de brinquedo - Irrelevância da prestabilidade da arma empregada para a grave ameaça - Configuração da causa de aumento - Art. 157, § 2º, inciso I, c/c o artigo 71, ambos do Código Penal. A ameaça com arma de brinquedo constitui causa especial de aumento de pena, elencada no art. 157, § 2º, I do CP, pois é capaz de intimidar a vítima. Recurso Provido.” **(TA-PR - Apelação Criminal 0172461-4 - Londrina - Ac. 8649 - Juiz Eracles Messias - 4ª Câmara Criminal - Revisor: Juiz Airvaldo Stela Alves - Julg. 12/09/02 - DJ. 18/10/02).**

O Prof. **Nelson Hungria** não está só. De rigor coligirmos a opinião ressonante ao mestre, trata-se da posição de **Vicente Sabino Júnior****[6]**, que entende suficiente a conjugação da ameaça (exercida com arma imprestável de ocasionar lesão na vítima), ao desconhecimento desta e com a intimidação, para assim caracterizar a causa de aumento de pena prevista no inciso I, do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Com o devido respeito ao posicionamento acima transcrito, pensamos que este não deva ser tido como correto. O entendimento de que a não apreensão da arma (tampouco a sua perícia), aliada ao depoimento da vítima e/ou testemunha, são idôneas em supedanear a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso inaugural do § 2º do art. 157 do Código Penal (emprego de arma), não merece prevalecer.

O fundamento dessa causa de aumento de pena para a corrente subjetiva (acima posta com seus dois principais defensores) seria o poder intimidador que a arma exerce sobre a vítima. Destarte, para essa corrente não importa o poder vulnerante da arma de fogo, bastaria sua aptidão para incutir medo na vítima e esta desconheça a real situação da arma - se de brinquedo, desmuniada ou mesmo imprestável, desde que facilite o roubo, é apta a ensejar a aplicação da majorante.

Assim, repisa-se, a arma de fogo descarregada ou defeituosa ou o simulacro de arma, para a corrente subjetiva, configuram a majorante em tela. Deste modo, era dispensável a apreensão e conseqüente perícia na arma de fogo.

Esta era a posição quase que uníssona na jurisprudência nacional, que somente veio a cair por terra, com o cancelamento do enunciado da Súmula n. 174 do Superior Tribunal de Justiça, que aduzia “**no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena**”.

Deve prevalecer o entendimento de que essa causa de aumento de pena tem por fundamento o perigo real que representa à incolumidade física da vítima.

Destarte, a arma de fogo deve ter a chamada idoneidade ofensiva, que é a capacidade de colocar objetivamente em risco a integridade física da vítima. E, ora, isso jamais ocorrerá com o emprego de arma desmuniada, defeituosa, de brinquedo (simulacro) ou simples simulação por meios de gestos. A correta orientação deve repousar-se na corrente objetiva. Sobram razões para assim pensarmos.

Pois bem, para a corrente objetiva, é necessária a presença efetiva e indubitosa da idoneidade na potencialidade da arma de fogo empunhada pelo agente na prática do tipo de injusto de roubo, ou seja, segundo o efetivo perigo que ela possa trazer para a vítima. Assim, como dito acima, a arma de fogo descarregada, defeituosa, de brinquedo, ou aquela não apreendida e periciada, é imprestável para a caracterização da causa de aumento, em que pese constituir a grave ameaça. Disso não se discute, já que a grave ameaça serve para a tipificação do roubo na forma da cabeça do art. 157 do Código Penal.

Já o critério subjetivo, repisa-se, analisa o emprego da arma sob o prisma do poder intimidativo que é gerada na vítima. Sob o vertente enfoque, estaria autorizado o aumento quando a arma fosse de brinquedo, desmuniada, defeituosa, ou não periciada. Salta aos olhos a deficiência do critério subjetivo, para a aplicação da causa de aumento de pena aqui tratada, deve se observar o enfoque objetivo, notadamente para respeitar o prístino e basilar princípio da legalidade.

Deve-se considerar arma exatamente aquilo que pode ser usado como instrumento de ataque e/ou de defesa e que venha efetivamente expor a risco objetivo a pessoa.

O acalorado mestre **Heleno Cláudio Fragoso** defendia com a precisão que lhe era peculiar:

"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".[7]

O saudoso Prof. **Julio Fabbrini Mirabete**, acertadamente, entende de mesma forma, confira-se:

"O fundamento da qualificadora 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. Arma fictícia, se é meio idôneo para a prática de ameaça, não é bastante para qualificar o roubo".[8]

No mesmo sentido leciona o insigne **Celso Delmanto**:

"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, municiada 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”.[9]

4. A REVOGAÇÃO DA SÚMULA N. 174 DO STJ: SEUS MOTIVOS E SUA REPERCUSSÃO PARA O AFASTAMENTO DA CORRENTE SUBJETIVA

Em vista dos argumentos acima delineados, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no emblemático julgamento do **Recurso Especial** n. 213.05-SP, em 24.10.2001, Relator o Min. **José Arnaldo da Fonseca**, decidiu cancelar o enunciado n. 174, considerando que o emprego de arma de brinquedo, embora não descaracterize o crime de roubo, não o majora, uma vez que não apresenta real potencial ofensivo.

Desta feita, de acordo com a doutrina, na época restou assentado que a incidência da referida circunstância de exasperação da pena: (a) fere mortalmente o princípio constitucional da reserva legal (princípio da tipicidade); (b) configura inaceitável “**bis in idem**”, pois a ameaça seria considerada e punida duas vezes; (c) deve ser apreciada na sentença final como critério dimensionador de dosagem da pena (circunstância judicial do art. 59 do Código Penal); (d) lesa o princípio da proporcionalidade da pena; e (e) perdeu o sentido, após o advento da Lei n. 9437/97, que em seu art. 10, § 1º, inc. II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes (lei hoje revogada).

Na seara da ofensa ao princípio da proporcionalidade, é de rigor colacionar o entendimento do preclaro jurista nacional **Luiz Flávio Gomes**:

“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”.[10]

Há quem defenda a aplicação da causa de aumento de pena em se tratando de arma de brinquedo, para se sustentar esse esparso e equivocado entendimento (com respeito), inegavelmente se mostra necessária a adoção do

critério subjetivo, que mais alhures expusemos se tratar do poder de intimidação experimentado pela vítima.

A conclusão se impõe: o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que era no sentido de autorizar o aumento da pena quando do emprego de arma de brinquedo no crime de roubo, só tinha razão quando imperava o critério **SUBJETIVO** do emprego da arma, ou seja, basicamente o seu caráter intimidativo. Em outras palavras: era autorizado o aumento da pena em razão da maior intimidação que a “imagem” da arma de fogo causava na vítima, em sua psique.

Em lúcido entendimento, o Superior Tribunal de Justiça mudou o argumento determinando a observância do enfoque **OBJETIVO** do emprego da arma de fogo no crime de roubo, ou seja, observar a real possibilidade de agressão à incolumidade física da vítima.

O Min. Relator do Recurso Especial ensejador da derrocada do critério subjetivo do emprego de arma de fogo, assim pontificou de forma histórica:

“Esses argumentos, de inquestionável coerência dogmática e rigor científico, convenceram-me de que o enunciado da Súmula 174 não pode subsistir frente ao 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”. [11]

Na seara da legalidade, existe mais um fundamento que ensejou a derrubada do enunciado da Súmula n. 174 do Superior Tribunal de Justiça, pois, se entendermos de forma a permitir que a arma de brinquedo enseje a majoração da pena (incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I, do § 2º do art. 157 do Código Penal), então, deve o legislador penal ordinário alterar o aludido artigo: deveria aditá-lo, para fazer inserir a expressão “ou simulacro capaz de atemorizar outrem”, em seguida da expressão “arma” já trazida pela lei penal. Isso mesmo: deveria trazer uma fórmula geral, dando ensejo a uma interpretação analógica.

Desta forma, a celeuma estaria resolvida, mas como é comum: nada faz o legislador penal. Pois bem, superado os critérios que buscam conceituar a arma em Direito Penal, bem como a corrente subjetiva e objetiva do emprego da arma, convém adentrar no cerne deste trabalho.

5. A APREENSÃO E A PERÍCIA DA ARMA DE FOGO, NECESSIDADE - POSIÇÃO DO STJ E DO STF FRENTE À PROBLEMÁTICA

Iniciemos com o seguinte questionamento: cabe o afastamento da causa

de aumento de pena do emprego de arma, no crime de roubo (CP, art. 157, § 2º, inciso I), quando a arma não foi apreendida e periciada? Incisivamente: o que se deve ser considerado: o poder intimidativo ou o vulnerante da arma de fogo?

Já foi dito que existe corrente majoritária, segundo a qual a palavra da vítima aliada as demais provas bastaria como prova para caracterizar a causa de aumento de pena prevista no crime de roubo, para tanto se utiliza o critério subjetivo, aqui vergastado.[12]

Sem olvide do mandamento contido no art. 155 do Código de Processo Penal que reza que **“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”**, e não menos esquecimento ao contido no art. 158 do mesmo diploma processual que aduz **“Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”**, o entendimento aqui defendido merece prosperar por fatores vários, sobram razões, dentre as quais, a de cunho da real intenção do legislador penal.

Com efeito, não merece prosperar o entendimento segundo o qual o poder intimidativo seja o bastante a provocar a aplicação da causa de aumento de pena aqui estudada. É necessário que a arma de fogo seja apreendida com a consequente perícia na mesma, a fim de ser constatada a objetiva periculosidade do objeto utilizado no crime de roubo.

Não é difícil a percepção de que o legislador penal ordinário buscou enrijecer a pena de quem se utiliza de arma de fogo, isso em razão do perigo a vítima suportará, que inegavelmente correrá se estiver diante de uma arma de fogo com idoneidade lesiva. Neste apanhado de ideias, tipificando o crime de roubo, buscou o legislador reprimir o agente que subtrai coisa alheia móvel empregando grave ameaça ou violência física, isso se nota na cabeça do art. 157 do Código Penal.

Com a intenção de demonstrar maior reprovação na conduta, esse mesmo legislador criou a causa de aumento de pena prevista no inciso I do mesmo artigo (emprego de arma), mais com um detalhe, é mister que fique patentemente comprovada a idoneidade da arma utilizada, sob pena de contradição de previsão discrepante (cabeça do art. 157 do CP x inciso I do § 2º do mesmo artigo).

Se hipoteticamente em um crime de roubo a arma de fogo utilizada não for apreendida e periciada, logo não se poderá aferir a sua eficácia lesiva, assim, não existe modo da acusação provar que a mesma detinha potencialidade lesiva (escopo do legislador e espírito da lei penal). Caberá à acusação se conformar em asseverar a ocorrência do crime de roubo na sua forma simples, por inegável e inexorável grave ameaça.

Destarte, não autoriza a incidência da causa de aumento de pena, pelo emprego de arma, nas hipóteses em que não se tenha certeza de sua idoneidade lesiva. Com a sua potencialidade demonstrada pela perícia, se presta a ensejar maior rigor na punição, pois atentou o agente de forma mais agressiva contra o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Se pensarmos de outra forma, estaríamos autorizando uma interpretação extensiva em matéria penal, o que, como sabemos, é proibida nesta seara jurídica. Inegavelmente, como anteriormente mencionado neste trabalho, a revogação do enunciado n. 174 do Superior Tribunal de Justiça implicou no afastamento da corrente subjetiva do emprego de arma de fogo, ou seja, consagrou o entendimento objetivo.

No Colendo Superior Tribunal de Justiça, em que pese forte entendimento da 5ª Turma no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo utilizada no crime de roubo, a 6ª Turma vem entendendo de forma diversa, é o que se vê, do brilhante voto-vista no **Habeas Corpus** n. 59.350-SP, da eminente Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**:

“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”.

Adiante a Ministra explica a evolução do questionamento da citada Súmula:

“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 Ministra elenca, ainda e de forma precisa, hipóteses que não raro acontecem:

- “(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”.

A preclara Ministra ainda coligiu o seguinte aresto:

“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).

Recentemente em brilhante relatoria do **Habeas Corpus** n. 90.915-SP a Ministra do Superior Tribunal de Justiça **Jane Silva**, Desembargadora convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mudou seu entendimento, se filiando ao critério objetivo do emprego de arma de fogo, restando a ordem constitucional assim ementada:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA REFERENTE AO USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE PERÍCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EFICÁCIA DA ARMA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. DECOTE DA CAUSA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I, do § 2.º, do art. 157, do Código Penal, decorre da 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”. (...) (HC 90.915/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 25.02.2008, DJ 10.03.2008 p. 1).

A bem da verdade, como já se disse, a 6ª Turma vem reiteradamente acatando a ideia do critério objetivo do emprego de arma, é o que notamos do Agravo Regimental no **Habeas Corpus** n. 85.885/SP, julgado recentemente (10/02/2009):

“AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE.

1. Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, faz-se necessário que a arma de fogo seja apreendida e periciada. Ressalva do ponto de vista do relator. 2. Agravo regimental improvido”. (AgRg no HC 85.885/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 02/03/2009).

Realçando ainda mais a contemporaneidade deste entendimento,

novamente a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento. É o que se nota da leitura de “inteiro teor” do Agravo Regimental no **Habeas Corpus** n. 145.212/SP, julgado recentemente (03/12/2009), cuja relatoria coube a citada Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**:

“AGRAVO REGIMENTAL. ORDEM CONCEDIDA MONOCRATICAMENTE. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO FORA DO ÂMBITO DA PENA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCONGRUÊNCIA DA DECISÃO. GRAVIDADE GENÉRICA.

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, 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. Esta Corte é do entendimento de que a decisão que fixa a pena-base no mínimo legal por não existirem circunstâncias desfavoráveis ao réu, e noutra linha o encaminha a regime mais gravoso, fora do raio de imposição da pena aplicada, mostra-se incongruente na sua fundamentação.

5. Agravo improvido”. (**AgRg no HC 145.212/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009**).

Em suma: a 5ª Turma é intransigente. A posição é no sentido da dispensabilidade da apreensão e posterior perícia para a caracterização da causa especial de aumento, quando provado o seu emprego na prática do crime (nesse sentido, por todos, ver REsp 1112562 / DF). Já a 6ª Turma a situação é diversa. Lá se tem luz. Lá se tem o real alcance da determinação da causa de aumento de pena prevista no inciso I, § 2º, do art. 157, do Código Penal. Vale aqui a argumentação acima trazida. (por todos conferir HC 150153 / RS).

Emblemática é a alternância de posicionamentos no Supremo Tribunal Federal. Nesta Corte também é forte a orientação quanto a desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo. No **Habeas Corpus** n. 92.871/SP cuja relatoria foi ilustre Min. **Carmen Lúcia**, que em seu voto anulou o acórdão do Superior Tribunal de Justiça por entender que a qualificadora de emprego de arma de fogo só poderia ser aplicada se a arma tivesse sido apreendida para fins de perícia ou se fosse possível atestar a sua potencialidade lesiva por outros meios de prova.

O brilhante voto da Ministra **Carmem Lúcia** foi objeto de exposição no informativo n. 500 do Pretório Excelso, exatamente restou assentado o que aqui se defende, confere-se, dessarte, do abaixo transcrito:

“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 restabeleceu 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, subtraíra 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 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 ocorrera 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)”.

Contudo, restou vencida a Ministra Carmem Lúcia, e o aresto ficou assim:

“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”. **(HC 92871, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 01/04/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-03 PP-00470).**

Malgrado este julgado, no julgamento do **Habeas Corpus** n. 95.142/RS, o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua segunda Turma, acolheu a tese da objetividade do emprego de arma de fogo, restando assim assentado:

“EMENTAS: 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).**

E a segunda Turma caminha nesse sentido, é que recentemente assentou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n. 93.105-RS:

“EMENTA: 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, em parte, 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 93105, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-089 DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009 EMENT VOL-02360-02 PP-00358 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 498-500).**

Como visto, o Pretório Excelso, ao menos a sua segunda Turma, entende pela aplicação da corrente objetiva para o emprego da arma, que se espera a vinculação de todas as decisões posteriores. Nesse sentido, corroborando nosso entendimento, afora os contemporâneos julgamentos tanto do STJ quanto do STF, de que a arma de fogo não apreendida, não se presta a ensejar a incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I, § 2º do art. 157 do Código Penal, a lúcida jurisprudência pátria:

“Imprescindível para a caracterização da qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP é a apreensão da arma, para que, submetida a exame, se possa aquilatar de sua potencialidade” **(TACRIM-SP - AC - Rel. Adauto Suannes - RT 574/379 e JUTACRIM 75/412).**

“É impossível o reconhecimento da qualificadora prevista no inc. I do § 2.º do art. 157 do CP se a arma não é apreendida, pois se trata de circunstância de natureza objetiva, devendo a vítima ser sujeitada a algum perigo efetivo durante a execução do delito” **(TACRIM-SP - AC - Rel. Gonzaga Franceschini - JUTACRIM 84/253).**

“A circunstância prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 da Lei Penal é puramente objetiva, refere-se a arma e 'tem sua razão de ser no perigo real por que passa o ofendido no momento da realização do crime' (conf. Celso Delmanto, Código Penal Comentado, Renovar, p. 277), e não subjetiva, que diga respeito à capacidade de infundir medo à vítima, situação que já prevista no caput do art. 157. Como escreve Heleno Fragoso: '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' (Lições de Direito Penal, Parte Especial, José Bushatsky Editor, p. 328). Em consequência, a sua configuração, por seu caráter objetivo, depende da apreensão da

arma utilizada e de sua submissão a exame pericial que informe a sua capacidade vulnerante para que se estabeleça, com a certeza necessária, que tinha aptidão para tanto no curso da execução do crime de roubo” (TACRIM-SP - AC 1.026.541-7 - Rel. **Márcio Bártoli**).

Nesta altura, pode-se questionar: **e quanto à arma desmuniada ou com defeito que a impeça de efetuar objetivamente disparo?** A nosso aviso, aplica-se a mesma razão. Aplicar-se-á o critério objetivo, pois, mister a comprovação da idoneidade de produzir a lesão na vítima, em simples palavras: a arma descarregada (desmuniada) ou com defeito não se presta para enrijecer a pena do agente, não se pode aplicar a causa de aumento de pena pelo emprego de arma, o mesmo aplica-se quando a arma não é apreendida e periciada ante a incerteza dessa idoneidade, e como sabemos, quando se tem incerteza, tem-se a dúvida, e tendo-as, valem as máximas: **“in dubio pro reo”** e a **vedação da interpretação extensiva em matéria penal.**

6- CONCLUSÃO

Assim, de forma conclusiva, e frisando que nosso entendimento não é no sentido de descartar a tipicidade do crime de roubo, mas sim no sentido de afastar a análise subjetiva do emprego da arma de fogo, sendo que assume o caráter objetivo e, assim sendo, obrigatoriamente necessária à aferição da idoneidade do mecanismo lesivo (arma de fogo), o que somente vai restar configurado com a consequente apreensão da arma de fogo e a sua perícia.

7 – NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 670.
2. Crime consunto e Crime consuntivo. É a denominação que recebem os delitos, no Conflito Aparente de Normas, quando aplicável o princípio da consunção. Pois bem, crime consunto: é o absorvido; crime consuntivo: o que absorve.
3. PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. São Paulo: RT, 2007, p. 565.
4. PRADO, Luiz Regis. ob. cit. p. 565.
5. HUNGRIA, Nélon.; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, volume VII: artigos 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 58.
6. SABINO JR. Vicente. Direito Penal - Parte Especial. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967, p. 739.
7. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal - Parte Especial, Volume I. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 296.
8. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal, v. 2, 2001, p. 240.
9. DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 324-325.
10. GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, W. T. de. Lei das Armas de Fogo, 2002, p.

251.

11. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Recurso Especial nº 213.054 - SP (1999/0039960-9). Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. J. 24/10/2001. DJ. 11/11/2002), acessado no sítio oficial - https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Default.asp?registro=199900399609&dt_publicacao=11/11/2002 - em 20/04/2009).

12. Cita-se, p. ex.: os HC 87495, HC 89045, HC 84738, HC 83965 etc.

8. BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal - Parte Especial, Volume I. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 296.

GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, W. T. de. Lei das Armas de Fogo, 2002.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal, v. 2, 2001.

PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. São Paulo: RT, 2007.

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