

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

**TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL E (IM)PRESCINDIBILIDADE DE
PERÍCIA EM ARMA DE FOGO NO DELITO DE ROUBO**

Lorena Alvarenga Costa

Juiz de Fora

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

**TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL E (IM)PRESCINDIBILIDADE DE
PERÍCIA EM ARMA DE FOGO NO DELITO DE ROUBO**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, pela Acadêmica LORENA ALVARENGA COSTA, sob a orientação do Professor Doutor CLEVERSON RAYMUNDO SBARZI GUEDES, na área de concentração de Processo Penal.

Juiz de Fora

2013

Lorena Alvarenga Costa

**TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL E (IM)PRESCINDIBILIDADE DE
PERÍCIA EM ARMA DE FOGO NO DELITO DE ROUBO**

**Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora**

Aprovada em: 23/08/2013

Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

Prof. Cristiano Alvares Valladares do Lago

Prof. Luiz Antônio Barroso Rodrigues

Dedico esse trabalho à minha querida mãe, que acreditou em mim e não mediu esforços para que eu chegasse até aqui. Obrigada pelo amor e apoio incondicional! Ao meu namorado Lucas, pelo apoio em todos os momentos, e por, diversas vezes, compreender minha ausência. Ao amigo Atílio, que me guiou e me acalmou nos momentos mais instáveis. Aos professores, em especial ao Cleverson, por compartilharem seus conhecimentos e me ajudarem nessa jornada.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar de forma crítica os posicionamentos da doutrina e jurisprudência pátrias quanto a incidência da causa de aumento de pena em razão do emprego de arma de fogo nos delitos de roubo, prevista no artigo 157, § 2º, inciso I do Código Penal, especificamente quando não ocorre a apreensão e a perícia da arma. A jurisprudência pátria se posiciona de forma divergente na temática, situação essa que se agrava face à carência de produção científica direcionada por parte da doutrina, acarretando divergências de complexa resolução nos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário, fundamentando, conseqüentemente, a abordagem pautada na teoria da prova no Processo Penal a ser realizada na pesquisa proposta.

Palavras-chave: emprego de arma de fogo, roubo, majorante, prova, apreensão e perícia.

ABSTRACT

This study intends to analyze critically the positions of the doctrine and homelands jurisprudence about the incidence of the cause of increased punishment because of the use of firearms in crimes of theft, under Article 157, §2º, clause I of Criminal Code, specifically when there is no apprehension and expertise of the gun. The country jurisprudence positions itself so divergent in theme, a situation that is aggravated in the face of lack of scientific production by the doctrine, causing divergence of complex resolution submitted to the Judiciary, basing, consequently the approach based on the theory of proof in the Criminal Procedure to be held in the proposal research.

Keywords: use of firearm, robbery, cause of increased punishment, evidence, apprehension and expertise.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I: TEORIA DAS PROVAS.....	10
1.1. Conceito de Prova.....	10
1.2. Finalidade da Prova.....	11
1.3. Objeto da Atividade Probatória.....	12
1.4. Classificação da Prova.....	13
1.5. Meios de Prova.....	14
1.5.1. Das perícias.....	16
1.5.2. Da prova testemunhal.....	17
1.5.3. Dos indícios.....	18
1.5.4. Das perguntas ao ofendido.....	18
1.6. Ônus da prova.....	19
CAPÍTULO II: EMBATE DOUTRINÁRIO: CORRENTES OBJETIVA E SUBJETIVA.....	21
2.1. Conceitos de arma compreendidos no artigo 157, § 2º, inciso I do Código Penal.....	21
2.2. Critérios objetivo e subjetivo para aplicação da majorante.....	23
CAPÍTULO III: O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.....	26

CAPÍTULO IV: ANÁLISE CRÍTICA DO ATUAL POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO CASO DE AUSENTES A APREENSÃO E PERÍCIA NA ARMA DE FOGO.....	34
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

INTRODUÇÃO

O crime de roubo é previsto no artigo 157 do Código Penal Brasileiro, tendo sua pena majorada quando a violência, ou a grave ameaça, são exercidas com emprego de arma, nos termos do § 2º, inciso I, do referido dispositivo legal, *in verbis*:

“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 quatro a dez anos, e multa.

(...)

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

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

(...)”

Contudo, há uma grande divergência na doutrina e, principalmente, na jurisprudência pátria sobre a necessidade ou não de apreensão e perícia na arma para a incidência da majorante.

A incidência dessa causa especial de aumento de pena acarreta evidentes prejuízos ao condenado, uma vez que a pena pode ser aumentada de um terço até a metade, além de ocasionar-lhe diversos reflexos negativos no cumprimento da pena, como a possível alteração do regime inicial, o aumento do tempo de pena a ser cumprida para a progressão de regime, impedimentos à concessão de benefícios relacionados a execução, dentre outros.

Assim, é extremamente importante que o critério para a aplicação da majorante em discussão seja claro, único e de acordo com o ordenamento jurídico. Isso porque a Constituição Federal de 1988 adotou o Princípio da Igualdade, previsto em seu artigo 5º, o qual preceitua que todos os cidadãos têm direito a tratamento idêntico pela lei, vedando diferenciações arbitrárias ou absurdas.

Se cada magistrado puder adotar um critério diferente no momento de aplicação ou não da causa especial de aumento de pena, com toda certeza, estar-se-ia diante de sujeitos que praticaram a mesma conduta e tiveram consequências

distintas, o que caracteriza discriminação arbitrária e viola os Princípios constitucionais da Igualdade e da Individualização da pena.

Ademais, um dos postulados do Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica, segundo o qual as regras para a resolução dos conflitos de interesse devem ser previamente definidas e o Estado deve adotar comportamentos coerentes, estáveis e não contraditórios. Sendo assim, a falta de um critério único para a aplicação da majorante em questão viola claramente a segurança jurídica, que é um direito fundamental do cidadão.

Isto posto, torna-se nítida a necessidade de análise das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, para que ao final, indique-se a posição mais harmônica com o ordenamento jurídico vigente, com vistas a prestigiar os postulados da segurança jurídica e da aplicação isonômica da lei penal.

Neste trabalho, serão estudados os critérios de aplicação da majorante, especificamente na hipótese de uso de arma de fogo. Para isso, inicialmente, há a apresentação, de forma sucinta, dos conceitos essenciais da teoria das provas. Neste sentido, no primeiro capítulo, tem-se o conceito, a finalidade e o objeto da prova. Em seguida, sua classificação e os meios de prova fundamentais ao estudo desse trabalho, e por fim, algumas considerações acerca do ônus da prova.

O segundo capítulo aborda os diferentes posicionamentos doutrinários sobre a necessidade ou não de perícia em arma de fogo para majorar o crime de roubo. Neste item há a apresentação das correntes objetiva e subjetiva com seus principais argumentos de defesa.

O terceiro capítulo trata dos divergentes posicionamentos da jurisprudência pátria acerca dos critérios para a aplicação da majorante em discussão. Em seguida, no quarto capítulo, tem-se uma análise crítica do atual posicionamento dos tribunais superiores, os quais majoritariamente dispensam a comprovação da lesividade da arma quando não há a sua apreensão e conseqüente perícia.

Por fim, o trabalho encerra-se com a conclusão, na qual são apresentadas as considerações pessoais da autora sobre qual o posicionamento que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO I

TEORIA DAS PROVAS

O presente trabalho busca a análise dos posicionamentos da doutrina e jurisprudência pátrias quanto a necessidade ou não de apreensão e perícia na arma para a aplicação da majorante prevista no artigo 157, § 2º do Código Penal.

Para tanto, serão analisadas as correntes existentes à luz da Teoria das Provas, visando refletir qual o posicionamento de acordo com os preceitos dessa Teoria, essencial ao desenvolvimento válido de um processo. Assim, necessário se faz, antes de adentrar no mérito da questão, apresentar de forma concisa os conceitos essenciais dessa Teoria para a discussão em tela.

1.1. Conceito de prova

O processo almeja a resolução de conflitos e a proteção das garantias individuais, sendo imprescindível para a efetivação desses objetivos que o magistrado tenha um preciso conhecimento a respeito dos fatos investigados no processo. Tal conhecimento é obtido por meio da atividade probatória desenvolvida pelas partes.

Prova vem do latim *proba*, de *probare*, que significa demonstrar, reconhecer, formar juízo. Assim, as provas buscam elucidar a maneira pela qual ocorreu determinado fato, ou até mesmo se este existiu ou não.

Segundo o ilustre autor Greco Filho, prova é “(...) todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém.”¹ Por sua vez, Capez, afirma que prova é “(...) todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com finalidade de comprovar a verdade de uma alegação”².

Portanto, prova é um instrumento legal que as partes possuem para demonstrarem ao juiz a verdade dos fatos, ou seja, como os fatos investigados realmente ocorreram no espaço e no tempo.

¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.196.

² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.285.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 155, define a prova como sendo um instrumento necessário para a formação da convicção do juiz, *in verbis*:

Art. 155. 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.

Assim, fica claro que a prova é um elemento processual imprescindível, sendo que se inexistente a prova, o magistrado não possui meios para proferir uma decisão fundamentada.

O autor Tourinho Filho ainda ressalta a importância da prova em estabelecer a verdade no processo:

“Prova é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entende-se, também por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz, visando estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.”³

E por isso, em nosso ordenamento jurídico, existe uma ampla capacidade de produção de provas no processo, visto que é um direito das partes e uma faculdade do juiz, o que é essencial ao esclarecimento dos fatos controvertidos.

1.2. Finalidade da Prova

A prova judiciária almeja a formação da convicção do magistrado quanto à existência e a veracidade dos fatos da causa, para que, desta forma, a decisão final do processo seja baseada em fundamentos sólidos.

O ilustre autor Tourinho Filho entende que a prova tem por finalidade:

“[...] formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela maneira.”⁴

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, v.3. 2006. p.213.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, v.3. 2006. p.214.

Nas palavras de Greco Filho:

“[...] a prova tem por finalidade o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.”⁵

Fica evidente, assim, a importância da prova, que serve como um alicerce nas decisões do juiz, sendo a base para que as suas decisões sejam fundamentadas e não arbitrárias.

1.3. Objeto da Atividade Probatória

A atividade probatória tem como objeto toda circunstância, alegação e fatos referentes ao litígio, sobre os quais paira certa incerteza e, por isso, precisam ser comprovados perante o magistrado para a solução da lide.

Segundo Greco Filho:

“O objeto da prova são os fatos. Nem todos os fatos, porém, devem ser submetidos à atividade probatória. [...] apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los [...]. Além de pertinentes, só devem ser provados os fatos relevantes, que são os que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa. Os fatos irrelevantes são, na realidade, também impertinentes. [...] o objeto da prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes, e não submetidos a presunção legal.”⁶

Assim, fica claro que somente os fatos capazes de influenciar a decisão do processo necessitam de adequada comprovação em juízo. Nas palavras de Capez:

“[...] fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo.”⁷

Como corolário da economia processual, somente os fatos que realmente revelem alguma dúvida e tenham alguma relevância para o julgamento do processo merecem ser alcançados pela atividade probatória. Sendo assim, existem fatos que independem de prova, que são os fatos axiomáticos, os notórios, os inúteis e as

⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.196.

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.197.

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.285.

presunções legais.

Os fatos axiomáticos, também chamados de intuitivos, são aqueles evidentes, e sendo assim, a convicção já está formada, não é necessário prová-lo. Como por exemplo, na hipótese de morte violenta, quando as lesões externas deixarem evidente a causa da morte, neste caso será dispensado o exame de corpo de delito (artigo 162, parágrafo único do Código de Processo Penal).

Os fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade. Assim, aplica-se o Princípio *notorium non egent probatione*, ou seja, o notório não necessita de prova. Como por exemplo, não é necessário se fazer prova de que o fogo queima.

As presunções legais, que podem ser absolutas (*juris et de jure*) ou relativas (*juris tantum*), também não necessitam de prova. Isso porque são conclusões decorrentes da própria lei, ou ainda, são conhecimentos que derivam da ordem natural das coisas. Como por exemplo, alguém que comete um crime em estado de embriaguez completa, provocado por ingestão voluntária de álcool, não poderá provar que não sabia o que estava fazendo no momento da infração, pois a lei presume sua responsabilidade sem admitir prova em contrário.

Por fim, os fatos inúteis são os fatos que não influenciam na solução da lide, e por isso não precisam ser comprovados. Como por exemplo, quando uma testemunha diz ter visto cães e alguém indaga o nome de tais cães.

1.4. Classificação da prova

A doutrina brasileira apresenta diversas classificações para a prova, contudo serão abordadas neste item somente as que apresentam alguma relevância para o mérito do presente trabalho.

Primeiramente, quanto à forma ou aparência das provas, estas podem ser testemunhais, documentais e materiais. As provas testemunhais se referem a narrativa de pessoas estranhas ao processo que relatam fatos de seu conhecimento que se ligam à causa. As documentais são provas obtidas através de qualquer objeto capaz de representar um fato e que possa ser juntado ao processo. Já as

provas materiais são aquelas obtidas por meio químico, físico ou biológico.

Quanto ao objeto, a prova pode ser direta ou indireta. A prova direta é aquela que demonstra o fato por si mesma. Já a prova indireta é aquela produzida através da percepção e do raciocínio, com a utilização de atos ocorridos que estejam ligados ao fato. O doutrinador Mirabete explica essa classificação:

“ [...] **direta**, quando por si demonstra o fato, quando dá a certeza deles por testemunhas, documentos etc., ou **indireta**, quando comprovado um outro fato, se permite concluir o alegado diante de sua ligação com o primeiro, como na hipótese de um álibi, em que a presença comprovada do acusado em lugar diverso do crime permite concluir que não praticou o ilícito.”⁸

Nas palavras de Greco Filho, prova direta:

“é aquela que traz ao conhecimento do juiz o próprio fato previsto pela lei como necessário a que se produza determinada consequência jurídica.”⁹

E prova indireta, segundo Capez:

“é quando alcança o fato principal por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, levando-se em consideração outros fatos de natureza secundária, porém relacionados com o primeiro, como, por exemplo, no caso de um álibi.”¹⁰

Por fim, quanto ao sujeito da prova, ou seja, a pessoa ou a coisa de onde provém a prova, esta pode ser pessoal ou real, como explica Greco Filho:

“quanto ao sujeito de que emanam, as provas podem ser pessoais ou reais, consistindo as primeiras em depoimentos de testemunhas e das partes, e as últimas em objetos ou coisas.”¹¹

Assim, as provas pessoais são aquelas fornecidas diretamente pelas pessoas. Já as reais são aquelas obtidas através de objetos ou coisas.

1.5. Meios de Prova

Tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para comprovar os fatos alegados pelas partes é denominado meio de prova. São instrumentos e

⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. p. 251.

⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.208.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.310.

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.197.

atividades legais que viabilizam a colheita de provas para a percepção da verdade e formação do convencimento do juiz.

O doutrinador Mirabete define como meio de prova:

“as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade: depoimentos, perícias, reconhecimentos etc.”¹²

Na visão de Capez, meio de prova:

[...] compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Assim, temos: a prova documental, a pericial, a testemunhal etc.”¹³

No Código de Processo Penal, em diversos artigos esparsos, há um rol exemplificativo de meios de prova. Isso porque os meios de prova não precisam estar especificados pelo legislador de forma exaustiva, bastando que não haja nenhum obstáculo ou restrição à produção daquela determinada prova. Como bem salientou Vicente Greco Filho sobre os meios de prova:

“outros, porém, são admissíveis, desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade”¹⁴.

Essa liberdade de meios de prova existe porque é humanamente impossível prever todos os meios de prova possíveis. É importante ressaltar que as provas que não estão previstas na legislação são chamadas de provas inominadas.

A investigação no processo penal deve ser a mais ampla possível, pois objetiva alcançar a verdade dos fatos, da autoria e das circunstâncias do crime, sendo assim, costuma-se dizer que não há limitação nos meios de prova. Nesse sentido, ensina Mirabete:

“Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer

¹² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. p.252

¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.310

¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.199

limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei.”¹⁵

Contudo, a liberdade probatória não é absoluta. A própria legislação penal cria obstáculos, como no artigo 155 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas serão observadas restrições à prova. Assim, o casamento, por exemplo, somente poderá ser comprovado com a certidão de registro, ou, a idade do infrator, que só poderá ser provada pela certidão de nascimento.

A Constituição Federal também impõe limites a liberdade probatória, uma vez que proíbe as provas ilícitas, nos termos do artigo 5º, LVI da Magna Carta. Prova ilícita é aquela que viola regra de direito material, seja constitucional ou legal, no momento de sua obtenção. Estas provas são consideradas imprestáveis ao processo e devem ser desentranhadas, salvo quando se enquadrarem nas exceções dispostas no artigo 157 do Código de Processo Penal.

Portanto, os meios de prova são formas que as partes possuem para demonstrar a ocorrência de determinado fato, sendo que são admitidas todas as provas obtidas por meio lícito e não contrário a legislação penal.

Devido a ampla liberdade probatória, serão estudadas de forma geral somente alguns meios de prova, aqueles essenciais para a compreensão do presente trabalho, como veremos mais a frente.

1.5.1. Das Perícias

A perícia consiste em exame realizado por pessoa idônea, estranha ao processo, possuidora de conhecimento técnico específico, tendo por finalidade auxiliar o magistrado em assuntos sobre os quais este não possui conhecimento ou necessite de maior elucidação.

Nas palavras de Mirabete:

“A perícia não é um simples meio de prova. O perito é um apreciador técnico, assessor do juiz, com uma função estatal destinada a fornecer dados instrutórios de ordem técnica e a proceder à verificação e formação

¹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. p.252

do corpo de delito. A perícia é um elemento subsidiário, emanado de um órgão auxiliar da Justiça, para a valoração da prova ou solução da prova destinada a descoberta da verdade.”¹⁶

Segundo Greco Filho, perícias são:

“[...] verificações elaboradas por técnicos ou pessoas com conhecimento do objeto do exame. Os exames ou perícias têm uma parte descritiva, na qual os peritos relatam o que observaram objetivamente e uma parte conclusiva, em que os peritos respondem a quesitos, aplicando as regras técnicas pertinentes. A parte conclusiva, porém, como em qualquer prova deve limitar-se ao plano fático, sendo vedado ao perito formular conclusão de ordem jurídica, que é privativa do juiz.”¹⁷

O Código de Processo Penal, em seu artigo 159, define que “o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizadas por perito oficial, portador de diploma de curso superior”. A prova pericial, portanto, é prova técnica e, por isso, deve ser realizada por peritos oficiais e possuidores de diploma de curso superior. Contudo, não havendo perito oficial é autorizada a realização de perícia por duas pessoas idôneas, também portadoras de diploma de curso superior, havendo preferência por pessoa com formação na área específica do exame a ser realizado.

1.5.2. Da prova testemunhal

O testemunho é um meio de prova realizado através da oitiva de pessoas capazes de contribuir com a resolução do fato. Testemunha, segundo Nucci:

“(...)é a pessoa que toma conhecimento de um fato juridicamente relevante, sendo apta a confirmar a veracidade do ocorrido, sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade. Cuida-se de autêntico meio de prova.”¹⁸

É importante ressaltar que qualquer pessoa pode ser testemunha, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, não excluindo os menores, insanos ou enfermos. Contudo, não poderá ser considerada testemunha a pessoa que nada sabe de interesse à decisão da causa.

O doutrinador Nucci explica sobre as diferentes testemunhas, vejamos:

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. p.261

¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.217.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.98.

“[...] parte da doutrina sustenta o seguinte quadro, em relação às testemunhas: a) diretas (aquelas que viram fatos) e indiretas (aquelas que souberam dos fatos por intermédio de outras pessoas); b) próprias (as que depõem sobre fatos relativos ao objeto do processo) e impróprias (as que depõem sobre fatos apenas ligados ao objeto do processo); c) numerárias (as que prestam compromisso) e informantes (as que não prestam o compromisso de dizer a verdade); d) referidas (aquelas que são indicadas por outras testemunhas).”¹⁹

As testemunhas tem o dever de se apresentarem, no tempo e no local definidos, à autoridade competente por quem tiverem sido convocadas ou notificadas. Caso faltem ao comparecimento sem justificção legítima assumem as responsabilidades definidas por lei. E caso compareçam mas prestem declarações falsas, podem ser punidas com pena de prisão de 6 meses a 3 anos, ou com pena de multa.

1.5.3. Dos indícios

Indícios são fatos que permitem uma conclusão diretamente sobre um fato principal. Ou seja, é uma circunstância acessória que se liga ao crime, e por onde se conclui o modo como o crime foi realizado, ou que o crime foi consumado, ou que determinado indivíduo participou da infração.

De acordo com o Código de Processo Penal, em seu artigo 239, *in verbis*:

“considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

O ilustre doutrinador Mirabete ressalta sobre a validade dos indícios, pois, segundo ele “[...] a prova indiciária pode ser invalidada não só por contra-indícios como por qualquer outra e nem sempre é ela suficiente para a condenação.”²⁰

1.5.4. Das perguntas ao ofendido

Ofendido, também denominado de sujeito passivo do delito, é o titular do interesse lesado ou posto em perigo pela prática da conduta criminosa, podendo ser ele uma pessoa natural ou jurídica.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.99

²⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. p.290

Segundo Nucci, ofendido é:

“[...] a pessoa que teve diretamente o seu interesse ou bem jurídico violado pela prática da infração penal. Nessa ótica, cuida-se do sujeito passivo eventual ou material.”²¹

As declarações do ofendido podem ser suficientes para uma condenação, como explica Mirabete:

“Embora não seja testemunha, as declarações do ofendido constituem-se em meio de prova. Não têm elas o valor legal do depoimento de testemunhas mas podem ser suficientes para a condenação quando não são elididas por outros elementos de convicções.”²²

O ofendido, sempre que possível, será indagado sobre as circunstâncias da infração, de acordo com o artigo 201 do Código de Processo Penal. Contudo, seu relato deve ser apreciado em confronto com outros elementos probatórios, para que assim, contribua para a convicção do juiz.

1.6. Ônus da Prova

É o encargo que as partes tem de provar os fatos que alegam, sob pena de ter decisão contrária a pretendida. Nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, o ônus da prova incube a quem fizer a alegação.

Nas palavras de Nucci, ônus da prova:

“[...] representa um encargo, uma responsabilidade, uma incumbência. Possui um sentido negativo, valorando-se como obrigação da qual não se pode subtrair sob pena de sofrer as consequências desfavoráveis ao próprio interesse. É exatamente nesse prisma que se deve captar o ônus da prova.”²³

Segundo a doutrina tradicional cabe à acusação provar a existência do fato criminoso, causas que implicam o aumento de pena, a autoria e os elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa). Ao réu, por sua vez, cabe provar excludentes de culpabilidade, de ilicitude e circunstâncias que diminuam a pena.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.90.

²² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. p. 224.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.22.

Os poderes instrutórios do juiz também estão elencados no artigo 156 do Código de Processo Penal. O magistrado pode, de ofício:

- I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
- II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante; (...)

A prova é ônus da parte, para que convença o magistrado de que o fato ocorreu conforme o alegado. Mas, apesar do ônus da prova caber a ambas as partes, a acusação necessita provar de forma concreta e convincente o que alega, diferente da defesa, que basta criar o instituto da dúvida para se beneficiar em razão do Princípio do *in dubio pro reu*.

A explicação da prova pericial se fez crucial em razão da abordagem que se passa a fazer do delito de roubo e da discussão quanto a necessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para caracterização da majorante. Por sua vez, a explicação detalhada dos demais meios de prova se mostrou essencial, na medida em que uma das vertentes a ser apreciada entende possível o suprimento da prova pericial da arma de fogo por outros meios de prova, em especial a testemunhal.

CAPÍTULO II

EMBATE DOUTRINÁRIO: CORRENTES SUBJETIVA E OBJETIVA

O crime de roubo é majorado quando a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma, nos termos do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Contudo, há uma grande divergência na doutrina e, principalmente, na jurisprudência pátria sobre a necessidade ou não de apreensão e perícia na arma para a incidência da majorante. Este capítulo aborda as diferentes posições doutrinárias sobre o tema, visando esclarecer os argumentos de cada vertente.

2.1. Conceitos de arma compreendidos no artigo 157, § 2º, inciso I do Código Penal

Primeiramente, é necessário abordar de forma concisa os conceitos de arma existentes no direito penal pátrio, uma vez que o inciso I, do § 2º, do artigo 157, do Código Penal refere-se apenas ao termo arma.

Pode-se dizer que no tipo penal acima descrito estão compreendidos dois sentidos de arma: o próprio e o impróprio. Conforme conceitua Tocchetto²⁴, arma é qualquer objeto que, quando empregado contra outra pessoa, potencializa a capacidade defensiva ou ofensiva de quem a emprega. Alguns objetos foram criados especificamente para serem usados como armas, sendo denominados armas próprias; já os que não foram criados com o determinado fim, são caracterizados como armas impróprias.

Assim, arma no sentido próprio se refere aos instrumentos especificamente criados para o ataque ou defesa, que podem ser armas de fogo (como pistolas, revólveres) ou armas brancas (como estiletes, explosivos, bombas). São aqueles instrumentos dotados de critério bélico ou técnico.

Lado outro, arma em sentido impróprio são instrumentos que não foram criados especificamente para o ataque ou defesa, mas que são capazes de ofender a integridade física de outrem, como barra de ferro, tijolo, furadeira, taco de sinuca.

²⁴ TOCCHETTO, Domingos. *Balística forense: aspectos técnicos e jurídicos*. 4ª ed. Campinas: Millennium, 2006. p.01

Ou seja, é qualquer instrumento capaz de lesionar alguém se utilizado de modo diverso daquele para o qual fora produzido.

Ensina Luiz Regis Prado, que a palavra arma deve ser entendida,

“(...) não só sob o aspecto técnico (arma própria), em que quer significar o instrumento destinado ao ataque ou defesa, mas também em sentido vulgar (armas impróprias), ou seja, qualquer outro 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. O emprego de arma propicia ao agente maior êxito na ação delituosa, acentuando a gravidade do injusto.”²⁵

O doutrinador Rogério Sanches Cunha, ainda explica que,

“Para uns, a expressão abrange somente os objetos produzidos (e destinados) com a finalidade bélica (ex: arma de fogo). Outros, realizando interpretação extensiva, compreendem também os objetos confeccionados sem finalidade bélica porém capazes de intimidar, ferir o próximo (ex faca de cozinha, navalha, foice, tesoura, guarda chuva, pedra etc.). Prevalece na doutrina e jurisprudência o sentido amplo, abrangendo as duas acepções (todo o objeto ou utensílio que sirva para matar, ferir ou ameaçar, seja qual for a forma ou o seu destino principal).”²⁶

Diante de todo exposto, fica claro que, para fins de tipificação, arma é todo e qualquer instrumento que possa ser utilizado como meio ofensivo idôneo, apto a causar perigo ou lesionar a pessoa contra a qual é empregado. Sendo assim, tanto a arma própria quanto a imprópria ensejam a incidência da causa de aumento em questão, uma vez que ambas apresentam maior perigo à incolumidade física da vítima.

Não há, portanto, divergência quanto ao conceito de arma, contudo, a doutrina e a jurisprudência se dividem acerca da *ratio* que levou o legislador a instituir referida majorante, defendendo alguns a maior intimidação causada na vítima e outros a maior potencialidade lesiva pela a utilização da arma.

No próximo item serão abordadas as principais correntes que discutem os critérios para a aplicação da majorante, entretanto, somente na hipótese do uso de arma de fogo. É claro que a discussão não se restringe às armas de fogo por si só, mas essa é a mais relevante, na medida em que representam maior potencial

²⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume 2 : parte especial : arts. 121 a 183. 7ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. p.351

²⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal : parte especial*. 2ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. p.135

ofensivo e nenhum leigo consegue identificar visualmente, salvo grosseiras falsificações, a eficiência da arma de fogo. Quando se analisam outras armas próprias e mesmo as impróprias, o suprimento por outras provas, que não a pericial, se mostra mais coerente e livre de maiores discussões, pois a identificação visual permite que pessoas de diligência ordinária no assunto identifiquem a potencialidade lesiva da arma empregada no delito, hipótese rara no caso de arma de fogo.

2.2. Critérios objetivo e subjetivo para aplicação da majorante

Existe uma grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência acerca dos critérios para a aplicação da majorante do emprego de arma de fogo no crime de roubo. Duas correntes, totalmente opostas, denominadas de subjetiva e objetiva, buscam explicar o que deve ser aferido pelo magistrado.

Segundo a teoria objetiva o fundamento da causa de aumento é a maior potencialidade lesiva vislumbrada quando do emprego de uma arma de fogo, ou seja, o perigo real que representa à incolumidade física da vítima. Sendo assim, para os adeptos dessa corrente torna-se indispensável que a arma apresente idoneidade ofensiva, qualidade que inexiste na arma descarregada, defeituosa ou de brinquedo.

Neste sentido, leciona Fragoso:

“O fundamento da agravante reside no maior perigo que o emprego de arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria) tenha idoneidade para ofender a incolumidade física.”²⁷

Nas lições de Bitencourt:

“(...) a maior probabilidade do dano propiciada pelo emprego de arma amplia o desvalor da ação, tornando-a mais grave; ao mesmo tempo, a probabilidade de maior êxito no empreendimento delituoso aumenta o desvalor do resultado, justificando-se a majoração de sua punibilidade.”²⁸

Assim sendo, para esta teoria, é necessário o laudo pericial da arma de fogo, quando apreendida, para se cogitar da incidência da majorante, pois a arma

²⁷ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, volume VII: arts. 155 a 196. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 303.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol.3 parte especial. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.98.

necessita ter a chamada idoneidade ofensiva, que é a capacidade de colocar objetivamente em risco a integridade física da vítima. E por isso, a arma de fogo descarregada, de brinquedo ou defeituosa, 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 *caput* do artigo 157 do Código Penal.

Neste sentido, o doutrinador Mirabete esclarece que:

“ (...) 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.”²⁹

Por fim, nas palavras de 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, 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 (...).”³⁰

São defensores da corrente objetiva os seguintes doutrinadores: Heleno Cláudio Fragoso, Celso Delmanto, Damásio de Jesus, Rogério Sanches Cunha, Álvaro Mayrink da Costa, Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt, Rogério Grecco, José Henrique Pierangeli, entre outros.

Lado outro, segundo a teoria subjetiva, o fundamento da causa de aumento em questão é a maior intimidação e conseqüente redução ou anulação da capacidade de resistência da vítima. Sendo assim, não haveria necessidade de se aferir a potencialidade lesiva da arma, pois mesmo a ameaça com uma arma desmunicada, com defeito, de brinquedo ou não apreendida e não periciada gera a maior intimidação na vítima, o que basta para a aplicação da majorante em questão.

²⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 945.

³⁰ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.324-325.

Nesse sentido, o ilustre doutrinador Nelson Hungria esclarece:

“A ameaça com uma 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.”³¹

O doutrinador Fernando Capez, adepto da corrente subjetiva, também explica o fundamento da majorante:

“O fundamento dessa causa de aumento é o poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, anulando-lhe a sua capacidade de resistência. Por essa razão, não importa o poder vulnerante da arma, ou seja, a sua potencialidade lesiva, bastando que ela seja idônea a infundir maior temor na vítima e assim diminuir a sua possibilidade de reação. Trata-se, portanto, de circunstância subjetiva. 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.”³²

No mesmo sentido é o pensamento de Vicente Sabino Júnior³³, o qual afirma que o emprego de arma ineficiente poderá ser incriminado, bastando que o agredido desconheça essa circunstância e resulte em sua maior intimidação. Fica claro assim, que para os adeptos dessa corrente o exame pericial para atestar a lesividade da arma é totalmente dispensável para a aplicação da majorante em questão.

Portanto, enquanto a corrente subjetiva argumenta que a aplicação da majorante reside na maior intimidação da vítima ao se empregar uma arma de fogo na prática do delito, a corrente objetiva fundamenta sua aplicação no efetivo perigo que o uso da arma possa trazer à vida e a integridade física da vítima.

A jurisprudência pátria se divide entre as duas correntes doutrinárias expostas, em especial quando inexiste a apreensão e perícia da arma de fogo, o que gera uma enorme insegurança jurídica para o ordenamento brasileiro.

³¹ HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, volume VII: arts. 155 a 196. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 58

³² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.438

³³ SABINO JR., Vicente. *Direito Penal*. Parte Especial. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967, p. 739.

CAPÍTULO III

O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Inicialmente, a corrente subjetiva prevaleceu no âmbito dos tribunais pátrios, o que se verificou com a publicação da Súmula número 174 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena.”

Dessa forma, durante anos, bastava a utilização de arma de brinquedo para que a causa de aumento em questão se caracterizasse, pois entendia-se que a *ratio essendi* da majorante era a maior intimidação da vítima.

Contudo, em 24 de outubro de 2001, quando do julgamento do Resp 213.054/SP³⁴, o Superior Tribunal de Justiça promoveu o cancelamento da Súmula número 174, conforme respectiva ementa:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I, § 2º, DO ART. 157, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA Nº 174/STJ. CANCELAMENTO.

O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena. Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes. Cancelamento da Súm. 174-STJ. Recurso conhecido mas desprovido.” (Processo HC 213.054/SP; Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca; S3-Terceira Seção; Data do Julgamento: 24.10.2001; Dje: 11.11.2002)

O Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento, e concluiu, primeiramente, que considerar o emprego de arma de brinquedo para a caracterização do roubo e, também, para a aplicação da causa de aumento de pena, caracterizava *bis in idem*, o que é inadmissível em nosso ordenamento. Sendo

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 213.054/SP. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=569590&sReg=199900399609&sData=20021111&sTipo=5&formato=PDF

assim, o emprego de arma de brinquedo seria capaz apenas de caracterizar o crime de roubo, mas não de majorá-lo.

Além disso, segundo o Superior Tribunal de Justiça, o referido verbete sumular ofendia o Princípio da Proporcionalidade, como explica o jurista 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.”³⁵

Ademais, com a Lei 9.437/1997, a utilização de arma de brinquedo ou simulacro de arma para o fim de cometer crimes, passou a configurar delito autônomo, nos termos do artigo 10, § 1º da referida lei (atualmente revogada), e por isso, não serviria também para majorar o crime de roubo, sob pena, mais uma vez, de *bis in idem*.

Por fim, a modificação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, também se baseou no Princípio da Legalidade, uma vez que arma de brinquedo ou simulacro de arma não tem natureza jurídica de arma, ou seja, não tem potencialidade lesiva como uma arma. Tal orientação já era preconizada em sede doutrinária, como esclarece Cezar Roberto Bitencourt:

“Não entraremos na discussão sobre o fundamento da majorante, relativamente à *mens legis* ou *mens legislatoris*, 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 Schmidt ao afirmar: Creio que qualquer pessoa, ao ser indagada sobre o significado de uma arma de brinquedo,

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.141/142.

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.³⁶

No mesmo sentido, José Henrique Pierangeli:

“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 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 (revólver de brinquedo), se é meio idôneo para a prática da ameaça, não é bastante para qualificar (leia-se majorar) o roubo.”³⁷

Nas palavras de Luiz Regis Prado:

“Sem embargo do entendimento sumulado pelo pretório, adota-se a posição de que a arma de brinquedo é inidônea para determinar o aumento da pena, já que a *ratio essendi* da qualificadora está sedimentada na potencialidade lesiva e no perigo que a arma real causa, e não no maior temor inflingido à vítima. Acrescente-se ainda que, em face da regra da tipicidade, os elementos normativos devem estar presentes rigorosamente de acordo com a descrição contida no tipo, e qualquer raciocínio em sentido contrário implicaria a aplicação da analogia em matéria incriminadora, vedada pelo ordenamento jurídico”.³⁸

Assim, é fácil notar que ao cancelar o referido verbete sumular, o Superior Tribunal de Justiça acatou as principais críticas formuladas pelos defensores da corrente objetiva, que apontavam a ofensa ao Princípio constitucional da Reserva Legal; a ocorrência de inaceitável *bis in idem*; afronta ao Princípio da Proporcionalidade da pena; e a perda de sua aplicabilidade com o advento da Lei nº 9.437/97.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, vol.3 parte especial. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.82-83.

³⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, vol. 2, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 231.

³⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 394.

A partir de então, a interpretação predominante dos Tribunais Superiores a respeito do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se coaduna com a corrente objetiva quando a arma é apreendida, ou seja, para a incidência da majorante a arma de fogo utilizada no roubo deve importar real possibilidade de lesão a incolumidade física da vítima, o que é aferido através de exame pericial. Neste sentido:

“HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2.º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO DA ARMA E NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 158 E 167 DO CPP.

1. Apreendida a arma de fogo, o exame de corpo de delito é indispensável para comprovar sua potencialidade lesiva (CPP, art. 158). Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, somente é possível a prova indireta quando os vestígios tiverem desaparecido por completo, o que não ocorre no caso.

2. Ordem concedida para, mantendo a condenação, fixar a pena imposta ao Paciente em 4 anos e 6 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 12 dias-multa, no piso.”(Processo HC 183494/DF; Habeas Corpus 2010/0159033-6; Relatora: Ministra Laurita Vaz; T5-Quinta Turma; Data do Julgamento: 18.08.2011; Dje: 01.09.2011)³⁹

Dessa forma, se a arma empregada no roubo é apreendida, o exame pericial para atestar sua lesividade é essencial, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 564, inciso III, do Código de Processo Penal.

Mas essa perícia seria imprescindível em todo e qualquer caso? Surge, assim, outra questão controvertida na jurisprudência pátria: como o magistrado deve agir quando não há apreensão da arma de fogo empregada no roubo e, conseqüentemente, não existe exame pericial capaz de verificar sua potencialidade lesiva?

Uma parte da jurisprudência afirma que o exame pericial seria sempre necessário para a aplicação da majorante do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, isso porque alegam que somente através do laudo pericial seria possível atestar a lesividade da arma empregada no delito:

³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 183494/DF; Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15328569&sReg=201001590336&sData=20110901&sTipo=5&formato=PDF

“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 145212/SP; Agravo Regimental no Habeas Corpus 2009/0162153-1; Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura; T6-sexta turma; Data de julgamento 03/12/200; DJe 18/12/2009)⁴⁰

Lado outro, a maioria dos órgãos julgadores têm se utilizado da prova material indireta como forma de suprir o corpo de delito direto (laudo pericial). Isso porque quando não há a apreensão da arma, torna-se impossível a realização do exame pericial, e nestes casos, o próprio Código de Processo Penal autoriza a substituição por prova material indireta, conforme seu artigo 167, possibilitando o suprimento da prova pericial por meio de prova testemunhal. Neste sentido:

“PENAL. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE FACA OU ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. POTENCIALIDADE LESIVA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. ERESP N.º 961.831/RS. PRECEDENTES. COMPROVAÇÃO COM BASE NO FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O fato de não ter havido a perícia na arma utilizada no roubo não impede a caracterização da majorante, sobretudo quando devidamente comprovado o seu efetivo uso na ação criminosa, sendo esse dado suficiente à incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal.

2. O firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 309909/DF; Agravo regimental no agravo em recurso especial 2013/0093527-0; Quinta turma; Relatora: Ministra Laurita Vaz; DJe 21/06/2013)⁴¹

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 145212/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=7549938&num_registro=200901621531&data=20091218&tipo=5&formato=PDF

“PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n.º961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.

2. Hipótese em que a Corte estadual assentou a existência de prova oral suficiente a demonstrar a utilização da arma de fogo pelo réu, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.

3.Ordem denegada.” (HC164063/SP; Habeas Corpus 2010/0037485-4; Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura; Sexta turma; DJe 21.02.2011)⁴²

Assim, fica claro que, uma vez demonstrado o fundamento legal que permite a utilização de qualquer meio de prova lícito em substituição à prova pericial, é legalmente possível aplicar a majorante prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código de Processo Penal, mesmo sem a apreensão e consequente perícia na arma empregada no delito. Não existe, então, nenhuma ilicitude do ato jurisdicional que defere tal substituição, o que na verdade, se coaduna com a busca da verdade material no processo.

Entretanto, mais um divergência surge na jurisprudência, agora em relação ao objeto de prova necessário ao reconhecimento da majorante do emprego de arma, que irá depender da corrente doutrinária (objetiva ou subjetiva) adotada pelo órgão julgador.

Caso o julgador adote a corrente objetiva, é necessário a comprovação de que a arma possuía idoneidade lesiva, ou seja, que era capaz de levar maior perigo à vida ou à incolumidade física da vítima. Então, na hipótese de arma de fogo, a prova testemunhal, que substitui o exame pericial, deve comprovar a aptidão de disparo de projéteis da arma naquela ocasião, o que pode ser feito através de

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 309909/DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=29217043&num_registro=201300935270&data=20130621&tipo=5&formato=PDF

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC164063/SP.Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=13888432&num_registro=201000374854&data=20110221&tipo=5&formato=PDF

relatos de disparo(s) da arma no momento do delito. Neste sentido, o então Excelentíssimo Ministro do Superior Tribunal Federal, Cezar Peluso:

“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: Min. Cezar Peluso; Segunda Turma; Data do julgamento: 18.11.2008; Dje: 05.12.2008)

Por outro lado, caso o julgador adote a corrente subjetiva, basta somente que exista um meio de prova que comprove a utilização de qualquer instrumento semelhante a uma arma de fogo, o qual provoque maior intimidação na vítima. Sendo assim, nesse caso, não há comprovação da lesividade da arma, a prova testemunhal somente tem que afirmar a utilização de um objeto parecido com uma arma no momento do delito. Tal posicionamento é o majoritário na jurisprudência:

“HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 157, § 2o., I E II DO CPB). PENA DE 6 ANOS, 10 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E MULTA. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE PARA A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. PERSONALIDADES DOS AGENTES VOLTADAS PARA A PRÁTICA DE DELITOS. ART. 33, § 3o. DO CPB. ORDEM DENEGADA.

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.

2. A regra é que uma arma possua potencial lesivo; o contrário, a exceção. Se assim alega o acusado, é dele o ônus dessa prova (art. 156 do CPP). Se restou comprovada a utilização da arma de fogo, como no caso concreto, o ônus de demonstrar eventual ausência de potencial lesivo deve ficar a cargo da defesa, sendo inadmissível a transferência desse ônus à vítima ou à acusação, por uma questão de isonomia, porquanto inúmeros fatores podem tornar a prova impossível.

3. Não merece acolhida a pretensão de alteração do regime inicial de cumprimento da reprimenda, porquanto devidamente justificado pelo Tribunal a quo, com fundamento em circunstâncias subjetivas desfavoráveis apresentadas pelos pacientes (personalidades voltadas para a prática delituosa), nos termos do art. 33, § 3o. do CPB.

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 5. Ordem denegada.” (HC 99597/SP; Habeas Corpus 2008/0020852-8; Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; Quinta Turma; DJe 03/11/2008)⁴³

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 99597/SP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em:

Esse posicionamento majoritário nos tribunais pátrios demonstra uma grande incongruência dos julgadores. Isso porque, desde a revogação da Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência praticamente pacificou o entendimento de que para aplicação da majorante em discussão, quando apreendida a arma, é necessário a comprovação de sua potencialidade lesiva através de exame pericial, entendimento de acordo com a corrente doutrinária objetiva. Contudo, ao se depararem com a necessidade de utilização da prova material indireta, quando não há a apreensão e conseqüente perícia da arma, os julgados não apresentam um raciocínio congruente, julgando, nesse caso, de acordo com a corrente subjetiva, dispensando a comprovação da potencialidade lesiva da arma, exigindo somente a prova de sua utilização no delito.

Tal posicionamento dos órgão julgadores, além de incongruente, reconhecem a majorante em questão de forma equivocada, uma vez que se baseiam em diversos argumentos que violam claramente princípios constitucionais fundamentais.

CAPÍTULO IV

Análise crítica do atual posicionamento dos tribunais superiores no caso de ausentes a apreensão e perícia na arma de fogo

A jurisprudência pátria, atualmente, entende que quando não há a apreensão, e conseqüente perícia, na arma de fogo utilizada no delito de roubo, é possível a aplicação da majorante inculpada no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, desde que a prova testemunhal afirme o emprego de instrumento semelhante à arma de fogo, cabendo a defesa provar a ausência de potencial lesivo dessa arma.

Para ilustrar esse raciocínio, colacionamos a ementa do HC 96.099 do Superior Tribunal Federal:

“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 96099 /RS; Habeas Corpus; Relator: Min. Ricardo Lewandowski; Data do julgamento: 19.02.2009)⁴⁴

A ementa supracitada 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) pela prova material indireta (prova testemunhal), e o segundo

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96099 /RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637876>

argumento consiste na distribuição do ônus probatório pelas partes da demanda, com fulcro no artigo 156 do Código de Processo Penal.

Inicialmente, será analisado o primeiro argumento. Segundo a maioria dos órgãos julgadores, para a aplicação da majorante, quando não há a apreensão da arma, a prova pericial pode ser substituída pela prova testemunhal, sendo necessário somente a comprovação da utilização de instrumento semelhante a arma de fogo.

Porém, se o depoimento da vítima ou a inquirição da testemunha afirma apenas que o autor do crime portava uma arma de fogo no momento da abordagem delituosa, tal meio de prova, ao contrário do sustentado pelos tribunais de forma majoritária, não será suficiente a demonstrar ao juízo a potencialidade lesiva do instrumento, ou seja, não é possível comprovar se a arma estava apta ao disparo de projéteis naquela ocasião, fato este que não pode ser admitido.

Isso porque o meio de prova substituto (testemunhal/oral) tem que cumprir satisfatoriamente o que se pretendia provar pelo meio de prova substituído (pericial), ou seja, é essencial que se prove a potencialidade lesiva da arma empregada para a aplicação da majorante. Caso contrário, essa prova não é capaz de garantir ao juízo que não se tratava de arma de brinquedo, simulacro de arma de fogo, ou ainda que estava municiada sendo capaz de produzir a lesão que se espera de uma arma própria.

O delito de roubo viola o bem jurídico patrimônio, e sua pena é maior que a do crime de furto, que também viola o patrimônio, porque além desse, há outros bens jurídicos em jogo, que são a vida e a integridade física, dada a violência ou grave ameaça.

Sendo assim, a mera ameaça a vida ou a integridade física, que é o que acontece no caso de uma arma desmuniada, de brinquedo ou defeituosa, serve somente para a tipificação do delito de roubo, diferenciando a conduta do delito de furto. A majorante em tela somente deve ser aplicada se, e somente se, a integridade física ou a vida da vítima ficarem sujeitas a verdadeira possibilidade de dano, ou seja, se arma empregada no delito tiver potencialidade lesiva sendo capaz de produzir lesões à vítima.

Apesar de ser relevante para a elucidação de delitos contra o patrimônio, a palavra de uma vítima de diligência ordinária no assunto sobre a potencialidade de uma arma de fogo deve ser vista com ressalvas, pois se encontram em situação de intensa pressão psicológica na medida em que estão sob a grave ameaça de objeto que acredita capaz de retirar sua vida.

Declarações no sentido da existência da arma, apesar de configurarem a grave ameaça caracterizadora do delito de roubo, diante do estado mental ao qual a vítima ou testemunhas se encontram expostas, não pode servir como fundamento exclusivo para demonstrar a potencialidade lesiva da suposta arma de fogo ou mesmo para levar à delicada atribuição do ônus da prova à defesa.

Dessa forma, não se pode aplicar a majorante caso a prova testemunhal somente aponte para a utilização de uma arma, sem que comprove seu potencial lesivo, e, por isso, com o devido respeito, mostra-se equivocado o primeiro argumento da ementa supramencionada. Todavia, quando a vítima ou testemunhas, por exemplo, afirmam a ocorrência de disparo(s) durante a prática do delito, o meio de prova substitutivo cumpre nitidamente o que se pretendia provar pelo meio de prova substituído, isto é, a potencialidade lesiva da arma resta demonstrada, fazendo jus, nesse caso, ao reconhecimento da majorante.

Assim, se a vítima ou as testemunhas relatam apenas o emprego de um instrumento semelhante a uma arma de fogo, sem mencionar, por exemplo, disparo(s) dessa arma na abordagem criminosa, ausente estará a comprovação da potencialidade lesiva da arma. Essa prova, então, não é capaz de ensejar a aplicação da majorante, mas apenas de configurar o delito de roubo simples, 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 apenas para a tipificação do roubo simples.

Visto isto, passamos agora para a análise do segundo argumento da ementa supracitada, que diz respeito a distribuição do ônus probatório.

Atualmente os julgados pátrios têm se utilizado do argumento de distribuição do ônus da prova para justificar a aplicação da majorante do emprego de arma,

quando ausentes sua apreensão e perícia e a prova testemunhal não comprova a potencialidade lesiva da arma.

De acordo com esta interpretação, seria ônus probatório do acusado comprovar que a arma empregada no delito de roubo não possuía idoneidade lesiva. Essa afirmativa tem como base a interpretação meramente literal do artigo 156 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, (...)”

Neste sentido, sendo fruto das alegações do acusado, incube a ele comprovar que a arma utilizada no roubo não tinha idoneidade lesiva naquela ocasião. Isso porque, segundo os julgadores, presume-se *juris tantum* a aptidão ofensiva da arma, uma vez comprovada sua utilização por algum meio de prova, sendo da parte que a nega o ônus da prova.

Contudo, *data máxima vênia*, mais uma vez o raciocínio apresentado pela ementa está totalmente equivocado. No âmbito do Processo Penal não se pode admitir presunções legais atentatórias ao direito de liberdade, sob pena de violação do Princípio constitucional da Presunção de Inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Magna Carta. Segundo tal princípio, devido ao estado de inocência, o acusado só tem necessidade de provar as causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, recaindo ao acusador o ônus da prova sobre o crime e suas circunstâncias.

De acordo com o sistema acusatório brasileiro, incube ao Estado-acusação provar todos os elementos que compõem o conceito de crime, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, e, além disso, todas as circunstâncias do crime, principalmente quando capazes de agravar ou majorar a pena. E no caso em discussão, o “emprego de arma de fogo” constitui elemento normativo do tipo roubo circunstanciado (artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal), ou seja, se trata de juízo de tipicidade, sendo assim, o ônus probatório é do Estado-acusação e não do acusado.

Sendo assim, aplicando a corrente objetiva, que é a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça desde o ano 2001, é necessário a prova da potencialidade lesiva

da arma para a aplicação da majorante, e como já explicado, quem tem o dever de provar essa idoneidade lesiva é o Estado-acusação. Caso contrário, em obediência ao Princípio constitucional do *In Dubio Pro Reu*, se houver dúvida da lesividade da arma, a majorante não deve ser aplicada, pois segundo tal princípio, em um contexto de dúvida em relação a existência ou não de determinado fato relevante, a solução deve sempre ser em favor do imputado.

A posição da jurisprudência atual parece ficar entre a corrente subjetiva e a objetiva, adotando uma corrente intermediária totalmente incongruente. Isso porque, segundo a jurisprudência, para aplicar a majorante, não seria necessário comprovar a potencialidade lesiva da arma quando não houver sua apreensão e consequente perícia, sendo necessário apenas a prova testemunhal em conjunto com o argumento do ônus probatório, adotando, nesses casos, a corrente subjetiva. Contudo, em total incoerência, quando há a comprovação de uso de arma desmuniada, de brinquedo ou defeituosa, há a adoção da corrente objetiva, não incidindo a majorante nesses casos, por ausência da potencialidade lesiva da arma.

Tal posicionamento intermediário da jurisprudência, além de contraditório e incongruente, faz uma interpretação literal do artigo 156 do Código de Processo Penal, distribuindo o ônus probatório somente pelas alegações das partes, retirando do Estado-acusação o ônus probatório da tipicidade do fato imputado, o que viola direitos e garantias constitucionais fundamentais do indivíduo e torna a condenação ilegítima.

CONCLUSÃO

Como enfatizado neste trabalho, a doutrina e a jurisprudência divergem acerca dos parâmetros de aplicação da majorante insculpida no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Até mesmo os tribunais superiores não são pacíficos sobre esse tema, sendo que existem, basicamente, três posições distintas.

Alguns julgados defendem que para a aplicação da majorante é necessário apreensão e perícia na arma de fogo, para que se comprove sua potencialidade lesiva, e caso ausente o exame pericial, a majorante em tela não se aplica em nenhuma hipótese. Outros julgados afirmam que é possível aplicar a majorante quando ausentes a apreensão e perícia na arma, através do depoimento da vítima/testemunha em conjunto com o argumento de distribuição do ônus probatório, mesmo que não haja prova da potencialidade lesiva da arma utilizada. Por fim, alguns defendem que quando ausentes a apreensão e conseqüente perícia na arma, é possível aplicar a majorante através do depoimento da vítima e testemunhas, desde que a potencialidade lesiva da arma seja comprovada através, por exemplo, de relatos sobre disparo(s) naquela ocasião.

Fica evidente, assim, a presença de extremas divergências nos órgãos julgadores pátrios, fazendo com que o julgamento entre casos iguais tenham soluções distintas e contraditórias, o que fere claramente o Princípio constitucional da Igualdade, o qual preceitua que todos os cidadãos tem direito a tratamento idêntico pela lei, vedando diferenciações arbitrárias ou absurdas. Sendo assim, a falta de um critério único para a aplicação da majorante em questão viola a segurança jurídica, que é um direito fundamental do cidadão, e por isso, é essencial que se chegue a um entendimento pacífico, mas não só isso, é necessário um posicionamento legítimo, de acordo com os preceitos constitucionais e fundamentais do ordenamento brasileiro.

Diante do exposto nesse trabalho, conclui-se que, atualmente, o emprego de arma de fogo assume caráter objetivo, com base no cancelamento da Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça. Sendo assim, é imprescindível a aferição da potencialidade lesiva da arma para a aplicação da majorante, ou seja, a arma, no

momento do delito, tem que estar apta a efetuar disparos, colocando realmente em risco à vida e integridade física da vítima.

Dessa forma, caso haja a apreensão da arma, é essencial a comprovação de sua idoneidade lesiva, a qual será aferida através do exame pericial, possibilitando, assim, a aplicação da majorante.

Contudo, não se pode descartar a hipótese de ausência da apreensão e perícia da arma empregado no roubo, hipótese muito comum nos dias atuais. Nesses casos, ainda é possível aplicar a majorante, isto porque o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 167, autoriza a substituição do laudo pericial (corpo de delito direito) pela prova testemunhal (prova material indireta), quando é impossível realizar a perícia.

Sendo assim, é lícito aplicar a majorante quando ausente o exame pericial, mas presente o depoimento firme e coerente da vítima ou das testemunhas relatando o emprego de arma de fogo no delito. Mas isso não é tudo. Em conformidade com a corrente objetiva, é preciso que esses depoimentos comprovem a idoneidade lesiva da arma, afinal a majorante somente deve ser aplicada quando existe um perigo concreto à vida ou integridade física da vítima. 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 artigo 157 do Código Penal.

Portanto, quando ausentes a apreensão e perícia na arma, a majorante somente poderá ser aplicada se os depoimentos da vítima e testemunhas indicarem a utilização de uma arma no delito, e ainda, comprovarem sua potencialidade lesiva, por exemplo, através de relatos sobre a ocorrência de disparo(s) dessa arma na ocasião.

Diante de todo exposto, chega-se a conclusão de que o posicionamento legítimo, que se coaduna com os preceitos constitucionais e legais, é o de que a majorante do uso de arma de fogo no delito de roubo, apenas pode ser utilizada, quando houver a comprovação da potencialidade lesiva do instrumento utilizado no delito (arma de fogo), o que vai restar configurado quando houver a apreensão da

arma de fogo e sua posterior perícia, ou quando a prova material indireta comprovar o uso de uma arma com potencialidade lesiva naquela ocasião.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal, volume I**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

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

DELMANTO, Celso... [et al]. **Código Penal comentado**. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. **Direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981 (arts. 121 a 160 do CP).

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

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

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal: arts. 155 a 196**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 7.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal.: parte especial, arts. 121 a 234 do Código Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 6. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2011.

TOCCHETTO, Domingos. **Balística forense: aspectos técnicos e jurídicos**. 4^a ed. Campinas: Millennium, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 28^a ed. São Paulo: Saraiva, v.3. 2006

WOLFF, Tatiana Konrath. **Emprego de arma no crime de roubo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27617>>. Acesso em: 10 mar. 2013.