

**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.**

**Fernando César Faria\***

**SUMÁRIO DO TRABALHO:** 1. RESUMO; 2. INTRODUÇÃO AO TEMA; 3. ARMA DE FOGO: SENTIDO PRÓPRIO E IMPRÓPRIO; 4. CORRENTES QUANTO AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO; 5. A REVOGAÇÃO DA SÚMULA N. 174 DO STJ E SEUS MOTIVOS; 6. A APREENSÃO E A PERÍCIA DA ARMA DE FOGO, NECESSIDADE - POSIÇÃO DO STJ E DO STF FRENTE A PROBLEMÁTICA; 7. CONCLUSÃO.

**1. RESUMO:**

Estas linhas assumem o compromisso de analisar a incidência (ou não) da especial causa de aumento de pena pelo emprego de arma (de fogo) no crime de roubo (CP, art. 157, § 2º, inciso I), quando não há apreensão e perícia (a fim de constatar o poder vulnerante), da arma de fogo. É um assunto de extrema vacilância na jurisprudência pátria, a doutrina, de fato, se manifesta de forma tímida quanto a esse assunto. Por fim, frisa-se que não há qualquer veleidade de esgotar o tema aqui proposto.

**2. INTRODUÇÃO AO TEMA:**

De início, insta consignarmos que o tema estudado neste desprezioso desiderato de ideias causa grande celeuma entre os juristas, mormente pela análise subjetiva da questão envolvendo a arma de fogo. 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.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro".

No § 2º, em seu inciso inaugural, temos a indigitada causa de aumento de pena: "§ 2.º 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 divagar que o crime de roubo é o furto marcado pela violência ou a grave ameaça empregada na vítima com o fim de reduzir a capacidade de resistência à coisa, ou seja, diferem-se pelas circunstâncias da violência física (a *vis physica*, quando o CP diz só violência esta há que ser física, denotando esforço físico do agente) ou psíquica (a *vis animo illata*, que pela dicção do CP, é a grave ameaça), ou, de outro meio em que impeça (ou mesmo reduza) a resistência da vítima, circunstâncias marcadas pelo dolo do agente, que em ambos os crimes é o de subtração da coisa.

Nessa dedução, pode-se precisar (com a ajuda dos catedráticos do Direito penal) os bens jurídicos protegidos no crime de roubo, quais sejam, (i) o patrimônio, que aqui se pode elencar que são a posse, a propriedade ou a mera detenção; (ii) a liberdade individual, 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 quanto à ameaça. O que se tem que ter em mente é que a ameaça (que a doutrina a traz sob o cognome de violência moral, *vis compulsiva* ou *vis animo illata*), é apenas a inserção da conduta proscribida no próprio 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 consultivo (porque absorve) e a ameaça, consultivo (porque é absorvido). Desta feita, notadamente no crime de roubo, abre-se a assertiva tormentosa, vez que

demanda um cotejo de institutos jurídico-penais, qual seja, 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 se reveste de meio perfeitamente idôneo para intimidar a vítima, ou seja, esta simulação 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 entendimento 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).*

Nesta seara de ideias, trouxe o legislador penal causas de aumento de pena, demonstrando claramente um maior rigor para quem utiliza os 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, 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.

Desta feita, o crime de roubo é de forma equivocada chamado roubo qualificado pelo emprego de arma. Frisa-se que apesar desse *nomen juris* ser amplamente tratado pela jurisprudência, não se trata de qualificadora, mas sim de causa de aumento de pena, a Lei penal não fixa novos limites da pena (mínimo e máximo - traço característico dos tipos qualificados), e sim determina que seja aumentado à pena um montante, que sempre há de ser taxativo em forma de percentagens (frações de, p. ex., 1/6, 1/3, 1/2 etc). Assim, o correto é dizer causa de aumento de pena, ao menos, para sermos afeitos à precisão terminológica.

### **3. ARMA DE FOGO: SENTIDO PRÓPRIO E IMPRÓPRIO:**

Mister, antes de adentrarmos ao cerne da discussão, discorrer de forma sucinta sobre os conceitos de arma de fogo

existentes no Direito Penal, haja vista que o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal limita-se em se referir ao termo arma, somente. Dessarte, dois são os sentidos: o próprio e o impróprio. Pois bem, arma de fogo no sentido próprio seria aquela em que é criada especificamente para ataque e defesa (aspecto técnico), ou seja, seu destino é o ataque e defesa, estamos diante do, também chamado, critério bélico.

Já a arma de fogo em seu sentido impróprio, ou chamado aspecto vulgar da arma [2] , 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.) [3] , ou seja, é dizer, a arma imprópria é qualquer objeto que possa matar ou ferir, mas que não possui esta finalidade específica.

E quanto a aplicação da majorante do emprego de arma: 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.

#### **4. CORRENTES QUANTO AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO:**

Basicamente existem duas correntes (diametralmente opostas), que buscam esta explicação, a subjetiva e a objetiva. Para a corrente subjetiva, 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".[4]*

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 à do mestre, trata-se da posição de VICENTE SABINO JÚNIOR [5], que entende que basta a conjugação da ameaça (exercida com arma imprestável de ocasionar lesão na vítima), aliada 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 plasmado, pensamos que este não deva ser tido como correto. Não é 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).

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, desde que ela seja apta a 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 configuram a majorante em tela. Deste modo, era, para essa corrente, dispensável a apreensão e consequente perícia na arma de fogo.

É de se mencionar que esta era a posição quase que uníssona na jurisprudência, que somente veio a cair por terra, com cancelamento do verbete sumular n. 174 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que aduz "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. Dessarte, nesse

desiderato de ideias, 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, pois, deve repousar na corrente objetiva.

Pois bem, para a corrente objetiva, mister que exista efetiva 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, para essa corrente 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 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 pontificava com precisão:

*"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". [6]*

O saudoso Prof. JULIO FABBRINI MIRABETE entende acertadamente 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". [7]*

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". [8]*

## **5. A REVOGAÇÃO DA SÚMULA N. 174 DO STJ E SEUS MOTIVOS:**

Em vista dos argumentos acima delineados, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 213.05-SP, em 24.10.2001, relator o Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, decidiu cancelar o verbete sumular 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 artigo 59 do Código Penal); (d) lesa o princípio da proporcionalidade da pena; e (e) perdeu o sentido, após o advento da Lei nº 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". [9]*

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 necessário a adoção do critério subjetivo, que mais alhures expusemos que se trata do poder de intimidação experimentado pela vítima.

A conclusão se impõe: o posicionamento adotado pela Corte do Superior Tribunal de Justiça era a autorização da exasperação da pena quando do emprego de arma de brinquedo no crime de roubo, quando imperava o embasamento do critério SUBJETIVO da arma de fogo, ou seja, 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, na ocasião de modo diverso o Superior Tribunal de Justiça mudou esse argumento, obrigando que se observe o enfoque OBJETIVO do emprego da arma de fogo no crime de roubo, ou seja, observar a real possibilidade de agressão a incolumidade física da vítima.

O Min. Relator do Recurso Especial ensejador da derrocada, na ocasião, 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".[10]*

Na seara da legalidade, existe mais um fundamento que ensejou a derrubada da súmula n. 174, 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 do Código Penal, à guisa de exemplificação, deveria aditá-lo, para fazer inserir a expressão "ou simulacro capaz de atemorizar outrem", em seguida da expressão "arma" já trazida pela Lei penal.

Desta forma, a celeuma estaria resolvida, mas como é de comezinho: 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, mister adentrar no cerne deste trabalho.

## **6. A APREENSÃO E A PERÍCIA DA ARMA DE FOGO, NECESSIDADE - POSIÇÃO DO STJ E DO STF FRENTE A 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 uma corrente, majoritária diga-se de passagem, 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 utiliza-se o critério subjetivo, aqui vergastado. [11]

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, 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 ensejar a aplicação da causa de aumento de pena aqui estudada. É necessário que a arma de fogo seja apreendida com a conseqüente 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 quis enrijecer a pena de quem se utiliza arma de fogo, isso em razão do perigo maior que a vítima suportará que inegavelmente correrá se estiver diante de uma arma de fogo com idoneidade lesiva. Neste apanhado de ideias, inserindo figuras elementares no 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 pode aferir a sua eficácia lesiva, assim, não existe modo da acusação provar que a mesma detinha potencialidade lesiva (escopo do legislador - espírito da Lei), apenas cabe a 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, mormente esta sim, 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 é proibido nesta seara jurídica. Inegavelmente, como anteriormente mencionado neste trabalho, a revogação da Súmula n. 174 do Superior Tribunal de Justiça afastou a corrente subjetiva do emprego de arma de fogo, ou seja, fez surgir 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, a eminente Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA externou:

*"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, a ordem constitucional restou 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).*

Emblemática é a alternância de posicionamentos no Supremo Tribunal Federal. Neste Tribunal também é forte a orientação quanto a desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo. No Habeas Corpus n. 92.871/SP (já decidido) cuja relatora foi Min. Carmen Lúcia, que em seu voto anulou o acórdão do STJ 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.

A brilhante decisão da Ministra Carmem Lúcia foi objeto de exposição no recente 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 restabelecera a condenação do paciente ao fundamento de*

que, para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não seria exigível que a arma de fogo fosse periciada ou apreendida, desde que comprovado, por outros meios, que fora devidamente utilizada para intimidar a vítima. No caso, o paciente ingressara, com arma de fogo na cintura, em estabelecimento comercial e, subjugando funcionária, 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 Min. 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 HC n. 95.142/RS, o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua segunda Turma, recolheu 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 está assim entendendo, é que recentemente (informativo n. 542, de 13 a 17 de abril de 2009), assentou:

*"Roubo: Emprego de Arma de Fogo e Causa de Aumento: A Turma, invocando recente decisão por ela proferida no HC 95142/RS (DJE de 5.12.2008) ? segundo a qual não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, a título de emprego da arma de fogo, se esta não foi apreendida e nem periciada, sem prova do disparo ?, deferiu, em parte, habeas corpus para afastar a mencionada qualificadora e restabelecer a pena proferida pelo tribunal de origem. Na espécie, condenados como incursos no art. 157, § 2º, I e II, do CP pleiteavam o afastamento da qualificadora de emprego de arma de fogo, já que esta não fora devidamente apreendida para comprovar a existência, ou não, de seu potencial lesivo". HC 93105/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 14.4.2009. (HC-93105).*

Como visto, está entendendo o Pretório Excelso, ao menos a sua segunda Turma, pela aplicação da corrente objetiva para o emprego da arma, todavia, no presente Habeas Corpus não se tem o mérito, mas pontual decisão da eminente relatora, que certamente sairá vitoriosa, o que colocará uma pá de cal sobre o assunto, vinculando todas as decisões posteriores. Nesse sentido, corroborando nosso entendimento, afora os contemporâneos entendimentos 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, § 2.º, 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 questionar: e quanto a arma desmuniada ou com defeito que a impeça de efetuar objetivamente disparo? O nosso entendimento é o mesmo, 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, vale as máximas: *in dubio pro reo* e a vedação da interpretação extensiva em matéria penal.

## **7- CONCLUSÃO:**

Assim, de forma conclusiva, o nosso entendimento é que o emprego da arma de fogo assume caráter objetivo, e assim sendo, obrigatoriamente necessária a 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.

\* **Fernando César Faria** é graduando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (5º Ano), ex-estagiário do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, ex-estagiário da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, ex-estagiário da Procuradoria da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, ex-estagiário do Ministério Público Federal (Procuradoria da República em Mato Grosso), ex-Inspetor de Menor, voluntário, exercendo suas atividades em regime de plantão na comarca de Várzea Grande-MT, atual servidor público efetivo do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Autor de artigos jurídicos. < odireitocriminal.blogspot.com >

#### **Notas:**

1. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 670.
2. PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: RT, 2007, p. 565.
3. PRADO, Luiz Regis. *ob. cit.* p. 565.
4. HUNGRIA, Néelson.; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal, volume VII: artigos 155 a 196*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 58.
5. SABINO JR. Vicente. *Direito Penal - Parte Especial*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967, p. 739.
6. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - Parte Especial, Volume I*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 296.
7. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, v. 2*, 2001, p. 240.
8. DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 324-325.
9. GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, W. T. de. *Lei das Armas de Fogo*, 2002, p. 251.
10. 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](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Default.asp?registro=199900399609&dt_publicacao=11/11/2002) - em 20/04/2009).
11. Cita-se, p. ex.: os HC 87495, HC 89045, HC 84738, HC 83965 etc.