



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Roubo Circunstanciado pelo Emprego de Arma de Fogo e as Recentes Decisões do STF

Viviane Ramos de Faria

Rio de Janeiro  
2009

VIVIANE RAMOS DE FARIA

Roubo Circunstanciado pelo Emprego de Arma de Fogo e as Recentes Decisões do STF

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

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Marcelo Pereira de Almeida

Rio de Janeiro  
2009

## ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E AS RECENTES DECISÕES DO STF

Viviane Ramos de Faria

Graduada pela Faculdade Nacional de  
Direito. Advogada.

**Resumo:** Este trabalho tem a pretensão de analisar a incidência da causa de aumento de pena do emprego de arma de fogo no crime de roubo diante das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. Além disto, propõe a análise do dispositivo sob o enfoque do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente. Ressalta a divergência jurisprudencial quanto à aplicação do aumento de pena estabelecido pelo §2º, I do art. 157, e sua consequência face aos Princípios da Isonomia e da Segurança Jurídica, à medida que pessoas que estão em uma mesma situação fática são tratadas de forma diversa, e aqueles que esperam por um julgamento ficam à sorte do entendimento de cada julgador.

**Palavras-chave:** Roubo, Causa de Aumento, Arma de Fogo, Proteção Insuficiente e Isonomia.

**Sumário:** Introdução; 1. Visão Geral do Crime de Roubo e Emprego de Arma; 2. Intimidação da Vítima ou Potencialidade Lesiva – Estudo das Teorias e a Recente Decisão do Plenário STF; 2.1. Teoria Subjetiva; 2.2. Teoria Objetiva; 2.3. Decisão Proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 96.099/RS; 3. Análise dos Argumentos aventados no HC 96.099/RS e o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente; 4. Recentes Decisões do STF e os Princípios da Isonomia e da Segurança Jurídica; Conclusão; Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a temática do roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, previsto no inciso I do § 2º, do art. 157 do CP, quando não ocorre sua perícia ou apreensão. Estabelece como premissa a divergência jurisprudencial quanto à aplicação de

tal causa de aumento de pena e suas consequências para a sociedade, considerando-se a diversidade de decisões no âmbito próprio do Supremo Tribunal Federal, sendo certo que, mesmo após decisão do Plenário deste, as turmas que compõem a Suprema Corte continuam decidindo de forma diametralmente oposta.

Enquanto alguns ministros do STF entendem que não há necessidade de perícia da arma para que ocorra a incidência da causa de aumento, bastando que fique comprovado que houve o emprego da arma por qualquer meio de prova, como a palavra da vítima ou prova testemunhal, outros asseveram que, sem o laudo pericial, não se pode cogitar da aplicação da majorante em comento.

Objetiva-se discutir os fundamentos que embasam os julgados e a repercussão da adoção de cada um desses entendimentos para a sociedade, por meio da análise de casos concretos. Além disto, explicitar que a diversidade das decisões advém também da adoção pelos julgadores de diferentes teorias. Assim, dizer que para uma teoria a incidência da causa de aumento de pena do inciso I, do § 2º, do art. 157 do CP é explicável pela maior capacidade de intimidação e conseqüente rendição da vítima e, portanto, não se exige que a arma de fogo seja periciada ou apreendida para que haja a majoração, bastando que fique comprovado, por qualquer meio de prova, o emprego da arma de fogo. Para outra, a aplicação da causa de aumento de pena depende da comprovação da potencialidade lesiva da arma, do seu maior poder de ataque ou de vulneração ao bem jurídico protegido pela lei penal.

Além disso, pretende-se também analisar a decisão proferida pelo Plenário do STF no HC 96.099/RS, em que se demonstrará que nenhuma das teorias mencionadas foi adotada. Objetiva-se, também, demonstrar que os votos de alguns ministros indicam a adoção do Princípio da Proporcionalidade em uma vertente ainda pouco difundida no Brasil, qual seja, o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente ou Deficiente.

Pretende-se com o estudo demonstrar como a falta de uniformização da jurisprudência pode trazer soluções díspares, que ferem a Isonomia e a Segurança Jurídica, à medida que pessoas que estão em uma mesma situação fática são tratadas de forma diversa, e aqueles que esperam por um julgamento ficam à sorte do entendimento de cada julgador.

Além disso, possibilitar uma reflexão sobre a necessidade de se ponderar, no caso concreto, a convicção pessoal do magistrado e sua liberdade de julgar e o ato de proferir decisões que promovem desigualdade de tratamento àqueles que estão em uma mesma situação de fato. Demonstrar que não se deve obstar o livre convencimento do julgador, mas, em determinadas situações, deve-se ponderá-lo para não trazer inseguranças e incertezas para sociedade.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: Visão Geral do Crime de Roubo e Emprego de Arma; Intimidação da Vítima ou Potencialidade Lesiva – Estudo das Teorias e a Recente Decisão do Plenário STF; Teoria Subjetiva; Teoria Objetiva; Decisão Proferida pelo Plenário do STF no HC 96.099/RS; Análise dos Argumentos aventados no HC 96.099/RS e o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente; Recentes Decisões do STF e os Princípios da Isonomia e da Segurança Jurídica.

A metodologia será pautada pelo método qualitativo parcialmente exploratório.

Insta, portanto, verificar que frutífera é a discussão de teses jurídicas e suas repercussões; entretanto, em nome da Segurança Jurídica e da Isonomia, não se mostra, conforme os ditames sociais, a adoção por Tribunais Superiores e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal, de soluções contraditórias, mormente, quando se trata de matéria já discutida pelo seu Plenário.

## 1. VISÃO GERAL SOBRE O CRIME DE ROUBO E O EMPREGO DE ARMA

Antes de adentrar a discussão sobre o emprego da arma de fogo no roubo, é de suma importância que se faça algumas considerações a respeito dessa infração penal.

O crime de roubo encontra-se descrito pelo art. 157 do Código Penal, que assim o define: “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”.

Trata-se de crime complexo, uma vez que é composto por fatos que, individualmente, constituem crimes, sendo certo que os bens ou interesses protegidos pela norma penal são, além da posse, a propriedade, a integridade física e a liberdade individual.

Os meios executórios do crime de roubo são o emprego de grave ameaça, o emprego da violência física e qualquer outro meio que reduza à impossibilidade de resistência.

A ameaça, ou *vis compulsiva*, consiste na promessa da prática de mal grave e iminente, que pode ser praticada mediante o porte ostensivo de arma.

O emprego da violência física, ou *vis absoluta*, é o emprego de força física pelo agente de modo a impedir a defesa do ofendido. É a conhecida violência própria.

O meio que reduza à impossibilidade de resistência é a chamada violência imprópria, que se consubstancia em outro meio que não a violência física e a grave ameaça como hipnotizar ou ministrar sonífero a vítima.

O parágrafo 2º, incisos I a V, do art. 157 do Código Penal traz causas especiais de aumento de pena. Em que pese erroneamente chamadas de qualificadoras, deve-se atentar que, em verdade, são causas especiais de aumento de pena, sendo certo que enquanto as qualificadoras atribuem um novo parâmetro de pena, as causas de aumento são frações que

incidem na terceira fase da aplicação da pena. Portanto, conforme se observa do art. 157, parágrafo 2º, I, do Código Penal, o emprego de arma é uma causa de aumento de pena.

Nesta perspectiva, destaca-se que por armas se devem entender as chamadas próprias, que são instrumentos criados para ataque ou defesa, como pistolas, revólveres, bombas, e as armas impróprias são aquelas que não foram criadas para as finalidades supramencionadas, mas são aptas a lesar a integridade física, como uma barra de ferro, uma faca de cozinha, um canivete.

Ressalta-se que o presente trabalho irá se ater à arma de fogo, ou seja, arma própria.

## 2. INTIMIDAÇÃO DA VÍTIMA OU POTENCIALIDADE LESIVA – ESTUDO DAS TEORIAS E A RECENTE DECISÃO DO PLENÁRIO DO STF

Duas teorias se formaram a respeito do emprego da arma de fogo. Enquanto uma delas explica a aplicação da majorante em comento pela maior intimidação da vítima, não importando para a incidência da causa de aumento se o meio empregado tem ou não poder vulnerante, a outra assevera que é a potencialidade lesiva da arma que permite o aumento de pena.

### 2.1 TEORIA SUBJETIVA

A teoria subjetiva tem como grande nome o eminente doutrinador Nelson Hungria. Para o renomado jurista, a *ratio* da causa de aumento insculpida no inciso I, parágrafo 1º, do artigo 157 do Código penal, qual seja, emprego de arma, é a intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir. Assim, na esteira das lições de HUNGRIA (1967), uma arma ineficiente, como um revólver descarregado, ou uma arma fingida, como um isqueiro com feitiço de revólver, ignorando a vítima essas circunstâncias, dão ensejo à incidência da majorante do emprego de arma.

Neste diapasão, a majorante em espécie seria uma circunstância subjetiva e, assim, deveria ser levada em consideração se tivesse idoneidade para assustar, intimidar, fazer o ofendido sentir-se constrangido, não incidindo a causa de aumento se o simulacro não fosse apto nem para assustar a vítima.

Durante muito tempo, a teoria subjetiva prevaleceu nos tribunais, sendo certo, inclusive, que foi ela quem embasou a súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça, que autorizava a incidência da majorante de emprego de arma quando a intimidação fosse feita com arma de brinquedo.

Ao se examinar os precedentes que levaram à edição a súmula 174, percebe-se que os ministros entendiam, de forma majoritária, que a punição mais rigorosa se devia ao maior temor da vítima, que, na maioria dos casos, não conseguia diferenciar a arma de brinquedo da arma de verdade. Sendo assim, não importaria o poder vulnerante da arma, mas sim a maior capacidade de intimidação e consequente rendição da vítima, sendo certo que a causa de aumento apenas seria excluída se o simulacro fosse tão evidente que se tornasse inidôneo para assustar a vítima.

Entretanto, julgando o Recurso Especial 213.054-SP, na sessão de 24/10/2001, a Terceira Seção do STJ deliberou pelo cancelamento da súmula n. 174, cujo teor era o

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

Os fundamentos que ensejaram o cancelamento da súmula foram no sentido de que o aumento especial de pena em razão do emprego de arma de brinquedo violaria os princípios basilares do Direito Penal, como o da Legalidade (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena. Acrescentaram ainda que a súmula teria perdido sentido com o advento da Lei 9.437/97, hoje revogada, que em seu art. 10, parágrafo 1º, inciso II, criminalizava a utilização da arma de brinquedo para o fim de cometer crimes. Ressalta-se que a doutrina majoritária critica a Teoria Subjetiva.

## 2.2 TEORIA OBJETIVA

A Teoria Objetiva, que hoje se mostra majoritária em doutrina, explica que para que haja incidência da causa de aumento de pena do emprego de arma no crime de roubo, deve-se levar em consideração a potencialidade lesiva da arma e o seu maior poder de ataque ou vulneração ao bem jurídico protegido pela lei penal, tendo em vista que a inidoneidade lesiva da arma, como nos casos de arma de brinquedo e de arma desmuniada, para essa corrente, é suficiente para a caracterização da ameaça configuradora do crime de roubo, mas não tem o condão de majorá-lo.

Conforme leciona FRAGOSO (1981, p. 303-304): “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”.

Sustenta a presente teoria que a incidência da causa de aumento independe do temor que a arma possa ter provocado. Exige que haja prova da condição objetiva de risco à integridade física das vítimas, que ocorreria nos casos em que a arma tenha comprovado potencial para causar dano.

Entendem os seguidores dessa corrente que a arma deve ter a capacidade de colocar objetivamente em risco a vida ou a saúde da vítima, o que jamais ocorreria com o emprego de arma desmuniada, defeituosa ou de brinquedo. De acordo com DELMANTO (2007) não se pode igualar o dolo e culpabilidade daquele que emprega arma de brinquedo ou imprópria ao disparo com o de quem utiliza arma verdadeira, carregada e apta.

Nesta perspectiva, deve-se ressaltar que para a Teoria Objetiva, apenas com o laudo pericial pode se cogitar da incidência da majorante ou, quando não há a apreensão, se ficar comprovada a sua potencialidade lesiva, como no caso de se provar que, de fato, houve o disparo ou, então, conforme leciona CAPEZ (2004), a constatação da presença de buracos de bala na parede da residência ou de cápsulas deflagradas no chão do local do crime.

Tem-se como defensores dessa corrente em doutrina, dentre outros, Celso Delmanto, Julio Fabbrini Mirabete, Cezar Roberto Bitencourt.

### 2.3. DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 96.099/RS

A questão da necessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que possa haver a incidência da causa de aumento prevista no art. 157, parágrafo 2º, I, do Código Penal foi remetida ao pleno pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal por meio do *habeas corpus*

96.099/RS, havendo o julgamento em 19 de fevereiro de 2009, conforme informativo 536 do STF.

Neste caso concreto, o paciente pretendia a exclusão da causa de aumento, uma vez que a arma de fogo não fora apreendida e, assim, não fora periciada, impossibilitando a constatação da potencialidade lesiva do artefato, o que seria imprescindível para configurar a majorante.

Ficou decidido, neste julgamento, que para a caracterização da majorante em comento, não seria necessário que a arma de fogo fosse periciada ou apreendida, desde que, por outros meios de prova, ficasse demonstrado o seu emprego. Asseverou-se que a palavra da vítima bem como o depoimento de testemunha presencial, dentre outros meios de prova, podem comprovar o emprego da arma de fogo. Acrescentou-se que a exigência da apreensão e da perícia para que fique configurado o aumento de pena em comento poderia trazer como resultado prático um estímulo a que os criminosos sumissem com as armas por eles utilizadas.

Concluíram os ministros prolores dos votos vencedores que se o acusado sustentar a ausência de potencial lesivo da arma por ele utilizada deverá, com base no art. 156 do CP, provar o que alega.

Por outro lado, deve-se destacar que a decisão exarada pelo plenário não foi unânime.

Os ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes manifestaram posicionamento diverso sobre a matéria, que merece ser explicitado.

Entenderam os ministros prolores dos votos vencidos que a majorante do emprego de arma deveria ser aplicada nos casos em que ficasse demonstrada sua potencialidade lesiva, tendo em vista que a intimidação, a violência e a grave ameaça já compõem o tipo penal. Aduziram que nos casos em que há dúvida sobre a capacidade vulnerante da arma, não se poderia fazer incidir a causa de aumento, uma vez que agindo desta forma, estaria se

permitindo uma presunção contrária ao réu e, portanto, ofensiva ao princípio do *favor rei* e do ônus da prova, que no processo penal é sempre, no entender dos ministros, da acusação.

Analisando-se com cuidado os argumentos que embasaram a decisão do Plenário, percebe-se que a Teoria Objetiva e a Teoria Subjetiva não foram totalmente adotadas.

Com efeito, o entendimento que saiu vencedor na Corte Suprema, ao mesmo tempo em que dispõe que não há necessidade de perícia e apreensão da arma para que incida a majorante, assegura que o acusado poderá provar a ausência de potencialidade lesiva da arma empregada, o que teria como resultado a supressão da causa de aumento.

Ora, se a Teoria Subjetiva tivesse sido adotada, ainda que o acusado posteriormente comprovasse que se tratava de simulacro, ou de arma descarregada ou defeituosa, isso em nada iria alterar sua situação, tendo em vista que, como se disse acima, o agente teria logrado seu objetivo que seria impor maior temor a vítima.

Por outro lado, também não se adotou a Teoria Objetiva, já que poderá incidir a causa de aumento ainda que a arma não seja apreendida e nem periciada. Outros meios de prova, como a palavra da vítima ou o depoimento de testemunhas, são considerados aptos a ensejar a configuração da causa de aumento. Assim, se nesses casos em que não há a apreensão, o acusado alegar a inexistência de potencialidade lesiva, deverá fazer a prova do que alega, em atenção ao ônus da prova.

Nesta perspectiva, observa-se que para o Supremo Tribunal Federal a questão da incidência ou não da majorante vai depender das provas produzidas pelas partes, sendo certo que em não havendo a apreensão irá prevalecer a palavra da própria vítima ou de testemunhas presenciais, ainda que não fique comprovado o seu potencial de causar dano.

### 3. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS AVENTADOS NO HC 96099/RS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Alguns argumentos que fundamentaram a decisão proferida no HC 96.099/RS merecem ser destacados, pois parecem trazer à baila a aplicação de uma das vertentes do Princípio da Proporcionalidade, a Proibição da Proteção Insuficiente ou Deficiente.

O Ministro Ricardo Lewandowski, na fundamentação de seu voto, afirmou que a autoridade judicial tem como dever, além de zelar pelos direitos fundamentais do acusado, cuidar para que a norma penal seja aplicada buscando a prevenção do crime e ao cerceamento da delinquência. Destacou também que exigir perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada na prática do crime de roubo teria como resultado o estímulo aos criminosos a desaparecerem com as armas, de forma que a majorante do art. 157, §2º, I, do Código Penal dificilmente seria aplicada. Concluiu que a referida exigência significaria beneficiar os criminosos com a própria torpeza, hermenêutica que não se coaduna com a boa aplicação do Direito.

O Ministro Carlos Britto alertou para o fato de que, hoje em dia, é comum se alugar arma para praticar crimes e, após a prática do crime, a arma de aluguel é devolvida. Acrescentou que, quando a arma é do assaltante, ele faz questão de se desfazer dela para evitar a perícia. Sendo assim, conclui-se que, se for adotada a tese de que a apreensão e perícia são imprescindíveis para que se possa configurar a causa de aumento, irá se reforçar a impunidade.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio entendeu que, se prevalecesse o entendimento que não admite o roubo circunstanciado pela arma de fogo sem apreensão, o “negócio” seria desaparecer sempre com o artefato utilizado.

Diante dos argumentos esposados, nota-se que o STF utilizou-se do Princípio da Proporcionalidade em vertente ainda não muito difundida no Brasil, que é a Proibição da Proteção Insuficiente.

Descobriu-se, há bastante tempo, que não há como se preservar os direitos fundamentais sem limitar os poderes do Estado. Entretanto, com o tempo, percebeu-se que não basta que o Estado se abstenha de violar direitos. Ao revés, deve o Estado protegê-los. Neste sentido, o Princípio da Proporcionalidade, além de ser estudado na vertente da “proibição do excesso”, vem sendo discutido no sentido da proibição de proteção insuficiente ou deficiente, já que para manter íntegros os direitos fundamentais, fazem-se necessárias prestações também positivas.

Conforme SARLET (2003, p. 86) “(...) o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (...) doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência (...) de proibição de insuficiência (...)”.

Assim, a proteção insuficiente de um direito fundamental ocorre quando o Estado, por exemplo, deixa de aplicar determinadas sanções para proteger determinados bens jurídicos.

Destaca-se que o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente ganhou destaque no julgamento do Recurso Extraordinário 418.376, publicado no DJ de 23 de março de 2007, mais precisamente no voto do Ministro Gilmar Mendes, pioneiro na aplicação da referida vertente do Princípio da Proporcionalidade no STF.

Neste caso concreto, uma menina, dos nove aos doze anos de idade, manteve relações sexuais com seu tutor, tendo engravidado, momento em que iniciou uma união estável com seu agressor. O tutor, réu na ação penal, alegou que mantinha união estável com a vítima e que, desta sorte, pretendia que fosse extinta a sua punibilidade com base no artigo

107, VII, do Código Penal, hoje revogado. Aduzia ainda o réu que a família é base do Estado, estando protegida pela sociedade.

O Ministro Gilmar Mendes, esposando sua posição, que foi vencedora no acórdão, decidiu pela condenação do réu, sustentando que admitir entendimento contrário seria blindar uma situação fática repugnada pela sociedade por meio de uma norma penal favorável ao réu, configurando hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado. Concluiu o ministro que conferir a essa situação o *status* de união estável não seria consentâneo com a proibição da proteção ineficiente, pois todos os Poderes do Estado, inclusive o Judiciário, são obrigados a proteger a dignidade das pessoas.

Dessa forma, com base no reconhecimento de que o Estado deve agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem entendendo que a violação à proporcionalidade não ocorre tão somente quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta insuficiente.

Nesta perspectiva, pode-se concluir que, quando o Estado deixa de aplicar a causa de aumento de pena do emprego de arma, porque a arma não foi apreendida, acaba por conferir uma proteção deficiente a um direito fundamental, neste caso, a segurança pública.

Ensina SARLET (2005) que a proporcionalidade não se restringe à categoria da proibição de excesso, abrangendo também um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto à agressão de terceiros contra direitos fundamentais, haja vista que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz respeito à proibição da proteção insuficiente e, assim, na esfera da política criminal, em que há elenco de exemplos a serem explorados.

Portanto, observa-se que a própria política criminal ajuda na interpretação de normas em consonância com a vedação da proteção insuficiente, pois cabe a ela a análise da

realidade social, dos delitos, do criminoso para que possa por meio do Direito Penal estabelecer as alterações que pareçam adequadas ao combate da criminalidade.

A Política Criminal tem atuação no âmbito da prevenção, tanto geral como especial, de forma que, na geral, o fim de intimidação da pena se dirige a todos, enquanto na especial, a pena tem por alvo o autor do fato, retirando-o do meio social. Nesta perspectiva, em regra, quem atua com a política criminal é o legislador, por meio de edição de leis justas, adequadas à realidade social daquele momento. Todavia, não raro há decisões que se baseiam na política criminal.

Certo é que o Estado deve buscar se aparelhar de uma melhor forma para que consiga atuar de maneira mais eficiente na repressão de crimes e no colhimento de provas. Contudo, não se pode beneficiar o criminoso a ponto de praticamente de dar o prêmio de uma pena menor para aquele que é mais astuto e consegue se livrar da arma pelo caminho.

Deve-se perceber que o Princípio da proibição da proteção insuficiente vincula não só o legislador, mas também o intérprete e aplicador da lei para que atuem com maior rigor, conferindo maior efetividade aos direitos fundamentais.

De acordo com STRECK, (2006, p.113) “(...) se, de um lado, o Estado-legislador deve proteger o cidadão contra os excessos/arbítrios do direito penal e do processo penal (...), esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente...”.

A ofensa ao Princípio da Proporcionalidade, sob o prisma da Proibição da Proteção Deficiente, materializa-se, no caso, em se exigir a apreensão da arma para que incida a causa de aumento de pena do emprego de arma. Para que se conceda maior efetividade ao dispositivo, deve-se admitir que o emprego da arma possa ser provado por qualquer meio de prova, inclusive a prova testemunhal, e não apenas a pericial.

De fato, exigir-se que haja a apreensão da arma para que incida o aumento da pena seria um estímulo a que os criminosos se desfizessem dela o mais rápido possível. Não restam

dúvidas de que ciente o criminoso de que se ele se desfizer da arma sua pena será menor do que no caso de deixar que ela seja apreendida, cuidará de sempre se livrar dela.

Admitir essa situação seria beneficiar com sua própria torpeza aquele que infringe a norma penal. Seria, na verdade, conceder uma interpretação ao artigo 157, §2º, I, do Código Penal que não se coaduna com a realidade social hoje vivenciada. Exigir a apreensão da arma seria dificultar a aplicação da norma penal, de modo a favorecer aquele que ofende os bens jurídicos tutelados pelo Estado e, assim, ofender o Princípio da Proporcionalidade em sua vertente da Proibição da Proteção Deficiente.

Conclui-se que, neste caso, o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental, sob pena de se estar tutelando a própria impunidade e se permitindo uma injustiça contra a própria sociedade. A referida solução se mostra insuficiente na proteção da sociedade no que tange ao seu direito à segurança pública.

Portanto, a utilização da proibição da proteção insuficiente vem ao encontro de se evitar prejuízo a concretização do direito fundamental a segurança pública, em razão da inviolabilidade do direito à segurança que é assegurada a todos, como se extrai do artigo 5º, *caput*, da CRFB/88.

Nesta perspectiva, a decisão do Plenário do STF no HC 96099/RS atende aos anseios da sociedade e ao direito fundamental à segurança pública e, além disso, se mostra adequada ao princípio da proporcionalidade nos viés da proibição de proteção insuficiente.

#### 4. RECENTES DECISÕES DO STF E OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como dito anteriormente, a questão que aqui se discute já foi decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. No entanto, percebe-se que, reiteradamente, as Turmas da Corte Constitucional vêm proferindo decisões em sentidos diversos, ora adotando a Teoria Objetiva, ora a Teoria Subjetiva e, por vezes, decidindo como no HC 96.099/RS, de uma terceira forma, que, como se disse acima, não se enquadra nem em uma teoria nem em outra.

Observa-se que, enquanto a primeira turma do STF tende a decidir no mesmo sentido da decisão do Plenário, ou seja, pela desnecessidade de apreensão da arma de fogo para que incida a causa de aumento do emprego de arma, a segunda turma, no entanto, ora decide em um sentido, ora em outro, tendo em vista que os ministros que a compõem possuem entendimentos díspares sobre o tema.

Diante do exposto, é interessante que se faça a análise de alguns julgados para que se possa ter a exata dimensão da controvérsia instaurada.

No informativo 541 do STF, foi noticiada decisão da segunda turma (HC 96865/SP) no sentido de excluir a majorante prevista no art. 157, §2º, I, CP, já que a arma, supostamente utilizada, não foi apreendida e nem periciada e, sendo assim, não seria possível aferir sua lesividade. Adotou-se, portanto, a Teoria Objetiva. Ressalta-se que os Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa votaram no sentido de reconhecer a causa de aumento de pena, em que pese a arma não ter sido apreendida.

No informativo 542, foi noticiada decisão da segunda turma (HC93105) que, invocando decisão por ela proferida no HC 95142/RS - segundo a qual não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, §2º, I, CP, a título de emprego de arma de fogo, se esta não foi apreendida e nem periciada, sem prova do disparo - deferiu em parte o *habeas corpus* para afastar a mencionada causa de aumento. Assim, nota-se que o fundamento da decisão foi a Teoria Objetiva.

O informativo 547 do STF, por sua vez, trouxe decisão da segunda turma (HC 94616/SP) no sentido de - invocando recente decisão proferida pelo Plenário do STF no HC 96099/RS (DJE de 10.3.2009) - indeferir *habeas corpus* para assentar que para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP não se exige que a arma de fogo seja periciada ou apreendida, desde que, por outros meios de prova, reste demonstrado o seu potencial lesivo. Assim, não adotou a Teoria Objetiva nem a Teoria Subjetiva.

O informativo 549 relatou decisão da segunda turma (HC 94827/RS), que, invocando decisão por ela proferida no HC 95142/RS, prolatou idêntica decisão que havia proferido no HC 93105, qual seja, deferiu, por maioria, *habeas corpus* para afastar a majorante em comento. Adotou, desta sorte, a Teoria Objetiva.

No HC 98227/MS, julgado em 16/06/2009, publicado no DJ de 07/08/2009, a primeira turma entendeu que, quando não há apreensão de arma de fogo, mas comprovado o seu emprego por outros meio idôneos de prova, não há que se desclassificar o delito para roubo simples. Explicou-se que a incidência da majorante do inciso I, do §2º, do art. 157 do CP se explica pelo maior potencial de intimidação e conseqüente rendição da vítima, provocada pelo uso da arma de fogo. Essa explicação é exatamente fundamento da Teoria Subjetiva.

No HC 94023/RJ, julgado em 10/11/2009, publicado no DJ de 02/12/2009, entendeu-se no sentido de que a aplicação da causa de aumento de emprego de arma de fogo só é possível com a comprovação, via laudo pericial, da potencialidade lesiva da arma de fogo, o que é fundamento da Teoria Objetiva.

Ao se analisar as decisões acima mencionadas, percebe-se que há uma total falta de uniformidade de entendimentos. Observa-se que as turmas divergem entre si e, ainda, dentro da própria turma há entendimentos dissonantes.

As decisões dos juízes são norteadas pelo princípio do livre convencimento motivado. Entretanto, essa disparidade de posições acaba por afrontar princípios de suma importância no Ordenamento Jurídico, como o Princípio da Isonomia e o Princípio da Segurança Jurídica.

Cabe ressaltar que o Plenário, as Turmas e o Presidente são os órgãos do Tribunal (art. 3º do RISTF), e que, de acordo com o art. 22, parágrafo único, “a” e “b” do RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), o relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si, ou alguma delas em relação ao Plenário, ou, quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário. Ainda, de acordo com o art. 34 do RISTF, é atribuição da Comissão de Coordenação sugerir aos Presidentes das turmas e aos Ministros medidas destinadas a evitar decisões discrepantes.

Desta maneira, não há dúvidas de que se busca, de uma forma geral, uma certa uniformidade de decisões no âmbito dos Tribunais, e que quando se remete o feito ao Plenário, nas circunstâncias do art. 22, parágrafo único do RISTF, a intenção é justamente evitar decisões conflitantes, que geram sensação de insegurança jurídica.

Entretanto, no caso do roubo majorado pelo emprego de arma, mesmo após a decisão pelo Plenário, as decisões continuaram díspares, não justificando o julgamento pelo referido órgão.

Nesta perspectiva, é oportuno que se faça algumas considerações acerca dos Princípios da Isonomia e da Segurança Jurídica.

O princípio da igualdade ou da isonomia está insculpido no art. 5º, *caput*, da CRFB/88 que dispõe que *"todos são iguais perante a lei"*. Ressalta-se que o princípio informa a todos os ramos do direito e que ele deve ser considerado sob dois enfoques: o da *igualdade na lei*, que é destinada ao legislador, ou ao próprio Executivo, na elaboração das leis, atos

normativos e medidas provisórias. E o da *igualdade perante a lei*, que se traduz na exigência de que os Poderes Executivo e Judiciário, na aplicação das leis, não façam qualquer discriminação não justificada.

A igualdade, como leciona SILVA (2002), é o signo fundamental de um regime democrático.

Sabe-se que, desde a antiguidade, a igualdade é associada à ideia de Justiça. Para Aristóteles, a justiça poderia ser diferenciada em justiça distributiva e justiça retributiva, segundo as quais cada um deveria receber as honras e os bens na proporção de seu mérito e, nas relações interpessoais, duas partes deveriam sempre estar em condições de paridade, de forma que nenhuma delas recebesse ou desse mais ou menos que a outra.

Dessas considerações, especialmente em relação à justiça distributiva, advém a máxima atribuída a Aristóteles, de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente.

A igualdade jurídica consiste, justamente, em assegurar às pessoas que estejam em situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos limites de suas desigualdades. É a aplicação da máxima atribuída ao pensador grego.

Nos julgados anteriormente citados, os réus se encontravam na mesma situação, qual seja, estavam sendo acusados da prática do crime de roubo com o emprego de arma de fogo, entretanto a arma não teria sido apreendida, só podendo se comprovar o seu emprego por outros meios de prova como a palavra da vítima e a prova testemunhal.

Todavia, por uma divergência de entendimentos sobre o tema, alguns réus são beneficiados com a exclusão da causa de aumento e, outros não. Trata-se de pessoas que estão em uma mesma situação fática, mas que são tratadas de forma diversa, sofrendo penalidades diferentes.

É válido enfatizar que o tratamento desigual somente se justifica se houver razão suficiente, justa, para que se imponha um tratamento desigual. Nos casos concretos que aqui se discute, não há nenhuma razão que justifique tal distinção. Portanto, o tratamento igualitário para esses indivíduos se impõe.

O fato é que está se tratando de um direito fundamental, que é o direito à liberdade e, a conclusão a que se chega, é que a depender da sorte do réu, ele ficará mais ou menos tempo encarcerado. Se o seu *habeas corpus* for julgado por determinada turma terá grandes chances de ver excluída a causa de aumento e, assim, ter a pena diminuída. Entretanto, se não tiver a sorte de seu *habeas corpus* ser julgado por determinados ministros, não verá a majorante ser excluída e, assim, sua pena não será diminuída. Assim, a disparidade das recentes decisões do STF revela uma clara afronta ao Princípio da Isonomia.

O julgador, indubitavelmente, deve proferir seus votos, suas decisões com base no seu convencimento, com base no seu entendimento a respeito da situação fática a ele apresentada, contudo, por vezes, em nome do Princípio da Isonomia, deve-se buscar uma maior uniformidade de decisões para que se possa alcançar a justiça.

O Princípio da Segurança Jurídica também é afetado por essa situação, em razão de ele estar diretamente relacionado aos direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

A segurança jurídica deve ser entendida como um princípio que se ramifica em duas vertentes, sendo uma de natureza objetiva e que diz respeito à retroatividade dos atos do Estado, e outra de natureza subjetiva que é pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos diferentes aspectos de sua atuação. O aspecto subjetivo é também conhecido como princípio da proteção à confiança, que impõe ao Estado restrições na liberdade de alterar sua conduta.

A Lei, sem dúvida, é fonte de segurança jurídica, haja vista que é elaborada pelos representantes eleitos do povo e, além disso, deve ser por todos respeitada. Todavia, não se pode esquecer da importância do aplicador do direito, que deverá afastar os possíveis desvirtuamentos legislativos, utilizando o melhor método hermenêutico na subsunção da norma ao caso para a busca da verdadeira justiça.

Sendo assim, a partir do momento em que a Corte constitucional profere decisões discrepantes, ora em um sentido, ora em outro diametralmente oposto, instaura-se uma verdadeira situação de insegurança jurídica.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo apresentar a causa de aumento de pena do emprego de arma de fogo e todas as suas implicações. Ao apresentar uma visão geral sobre o tema, procurou-se fazer a diferenciação das Teorias que sempre disputaram esse tema, quais sejam, Teoria Subjetiva e Teoria Objetiva.

Ficou demonstrado que, no HC 96099/RS, não foi adotada nenhuma das duas teorias acima mencionadas, e sim uma terceira vertente em que motivos de política criminal, como o estímulo aos criminosos a se desfazerem de suas armas, bem como a possibilidade deles se beneficiarem de sua própria torpeza, foram fundamentos de suma importância para a decisão proferida.

Concluiu-se que os fundamentos ventilados no HC 96.099, julgado pelo Plenário do STF, estão em total consonância com o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente ou Deficiente, que se consubstancia em uma das vertentes do Princípio da proporcionalidade que

é ainda pouco difundida no Brasil, mas que tem como grande nome na doutrina pátria Ingo Wolfgang Sarlet, e teve sua primeira aplicação no STF por meio do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no Recurso Extraordinário 418.376, em que ele afirmou que não se pode blindar uma situação fática repugnada pela sociedade por meio de uma norma penal benéfica.

Ficou assentado que a aplicação do Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente no presente caso concreto objetiva dar maior efetividade ao art. 157, §2º, I, do Código Penal, em razão de que, se for admitido o entendimento de que apenas com a apreensão da arma de fogo e seu exame pericial poderia haver a majoração da pena, estar-se-ia ofendendo o referido princípio, já que se estabeleceria um obstáculo à concretização de um direito fundamental, a segurança pública.

Analizou-se também a divergência jurisprudencial que impera no STF quanto ao presente tema.

Demonstrou-se que o STF, por vezes, tem decidido no sentido da Teoria Subjetiva; outras vezes, no sentido da Teoria Objetiva e, ainda, tem decidido também de forma semelhante ao decidido no HC 96.099/RS, aplicando, ainda que de forma tácita, o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente.

Ressaltou-se, ainda, que a divergência no âmbito do STF, afeta os Princípios da Isonomia e da Segurança Jurídica, pois pessoas que estão em uma mesma situação fática são tratadas de forma diversa sem que se tenha uma justificativa para isso. Além disso, notou-se que o réu acaba ficando relegado à sorte de seu processo ser julgado por determinada turma ou determinados ministros, haja vista que ele poderá, dependendo de quem irá decidir o seu processo, ver ou não a sua pena diminuída.

Diante dessas considerações, espera-se ter contribuído para uma melhor compreensão da controvérsia que envolve a causa de aumento de emprego de arma no roubo, e ter demonstrado que os julgadores não podem decidir de forma dissonante da realidade social,

sob pena de se afrontar o Princípio da Proporcionalidade na vertente Proibição da Proteção Insuficiente. Além disso, enfatizar que a divergência de entendimentos pode acarretar consequências negativas em uma sociedade, gerando sensação de insegurança.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Weber Martins. *O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal: Doutrina e Jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 418.376-5. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado no DJ de 23/03/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 96.099. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 05/06/2009.

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

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, volume 2: parte especial*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHINELATO, João Marcelo Torres. O Princípio da Proporcionalidade proibindo a omissão estatal. Por uma hermenêutica comprometida com a integridade dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9889>>. Acesso em: 03 dez. 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, arts. 121 a 160 do CP.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal: vol II*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Especial – Arts. 121 a 234 do CP*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista de Estudos Criminais, nº 12, ano 3, Ed. Nota Dez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVEIRA, Christiano; DERBLI, Felipe. *Direito Constitucional: Coleção Tópicos de Direito vol. 5*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.