



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Questões controvertidas sobre a incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I, § 2º do artigo 157 do Código Penal

Rafael de Almeida Rezende

Rio de Janeiro
2010

RAFAEL DE ALMEIDA REZENDE

Questões controvertidas sobre a incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I, § 2º do artigo 157 do Código Penal

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

Orientadores: Prof^ª. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2010

**QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE
AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I, § 2º DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO
PENAL**

Rafael de Almeida Rezende

Graduado pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro

Resumo: Direito Penal. A doutrina e jurisprudência pátria ainda se mostram divergentes quanto à aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso I, § 2º do art. 157 do Código Penal (do emprego de arma de fogo). A essência desse trabalho é fazer uma análise crítica das posições doutrinárias sobre o tema e apontar aquelas que são acolhidas pelos nossos tribunais.

Palavras-Chave: Questões Controvertidas. Causa de Aumento de Pena. Inciso I, § 2º do artigo 157 do Código Penal.

Sumário: Introdução. 1- Aspectos gerais do crime de roubo. 1.2 – Conceito de arma. 1.3 - Teorias quanto ao emprego da arma de fogo. 2 – Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça. 3 – Necessidade da apreensão e perícia da arma de fogo. 4 – O Habeas Corpus 96099. 4.1 – Jurisprudência atual sobre o tema. 5 – A importância do julgador no combate à criminalidade. 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. Para a melhor compreensão do tema, inicialmente será feita uma abordagem dos aspectos gerais do crime de roubo e do conceito de arma de fogo. Posteriormente, a partir da explicação das teorias que enfrentam o tema, será feita uma análise dos principais julgados proferidos pelos tribunais superiores pátrios.

Perceber-se-á que, enquanto alguns doutrinadores entendem que não há necessidade da apreensão e perícia da arma de fogo para que ocorra a incidência da causa de aumento de pena, sustentando que o fundamento da majorante é a maior intimidação da vítima, outros asseveram que a apreensão do artefato e o laudo pericial são imprescindíveis para que se possa cogitar da aplicação do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, afirmando que o que deve ser levado em consideração é a maior probabilidade de dano decorrente da conduta.

No âmbito jurisprudencial, restará evidenciado que, mesmo após a questão ser levada ao plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 96.099, as turmas desse próprio tribunal e do Superior Tribunal de Justiça ainda continuam decidindo de forma não unânime.

Por fim, será possível perceber que os fundamentos jurídicos que embasam muitos dos votos dos ministros são contraditórios e visam, na verdade, por motivos de política criminal, a encontrar uma melhor maneira de enfrentar a criminalidade, já que, nos dias de hoje, o roubo com emprego de arma de fogo assombra muitas cidades do nosso país.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: aspectos gerais do crime de roubo, conceito de arma, teorias quanto ao emprego da arma de fogo, súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça, necessidade da apreensão e perícia da arma de fogo, o Habeas Corpus 96.099, a jurisprudência atual sobre o tema e a importância do julgador no combate à criminalidade.

1. ASPECTOS GERAIS DO CRIME DE ROUBO

Para a melhor compreensão acerca da discussão sobre o emprego da arma de fogo no crime de roubo, é indispensável tecer algumas considerações iniciais sobre essa infração penal.

O crime de roubo está previsto no artigo 157 do Código Penal: “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.”

A figura típica desse crime é composta pela subtração conjugada com o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa. Assim, o roubo pode ser visualizado como um furto acrescido de alguns dados que o tornam especial.

Trata-se de crime complexo, uma vez que é composto por fatos, que individualmente constituem crimes de dupla subjetividade jurídica, uma vez que visa a proteger a integridade física do indivíduo e, ao mesmo tempo, o seu patrimônio.

Portanto, são elementos do tipo do roubo: o núcleo subtrair, o especial fim de agir caracterizado pela expressão para si ou para outrem, a coisa alheia móvel e o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

O art. 157 do Código Penal prevê dois tipos de violência. A denominada própria, violência física ou *vis corporalis* é aquela praticada pelo agente, a fim de que tenha sucesso na subtração criminosa. A violência imprópria, por sua vez, verifica-se quando o agente utiliza um meio que reduz a capacidade de resistência da vítima.

A violência pode ainda ser entendida como direta e indireta. A violência direta é aquela exercida contra a pessoa de quem quer se subtrair o bem. Já a indireta atinge pessoas próximas da vítima ou, até mesmo, coisas.

Além da violência, o agente também pode se valer da grave ameaça, que é aquela capaz de infundir temor na vítima, permitindo que seja subjugada pelo agente, que, assim, subtrai-lhe os bens.

Quanto ao crime de roubo em si, esse pode ser classificado como próprio ou impróprio. O tipo previsto no caput do artigo 157 do Código Penal configura o roubo próprio, em que se verifica desde o início da conduta do agente a intenção da subtração violenta dos bens da vítima. Ao contrário, no roubo impróprio, previsto no § 1º desse mesmo artigo, a violência empregada pelo agente ocorre após a subtração dos bens da vítima com o objetivo de manter para si a posse da coisa ou acautelá-la de apenamento.

O parágrafo 2º, incisos I a V, do art. 157 do Código Penal traz causas especiais de aumento de pena, que são erroneamente chamadas de qualificadoras. Afinal, enquanto as qualificadoras atribuem um novo parâmetro de pena, as causas de aumento de pena são frações que incidem na terceira fase da aplicação da pena.

1.1. CONCEITO DE ARMA

Embora o Código Penal não indique o sentido do vocábulo arma, para a maioria da doutrina e jurisprudência, por arma deve entender-se não só o instrumento criado para o ataque ou defesa de uma pessoa, mas também qualquer outro artefato que, embora não tenha

sido confeccionado especificamente para aquela finalidade, é capaz de ofender a integridade física de alguém.

Portanto, as armas podem ser classificadas em próprias, ou seja, aquelas que têm como função específica produzir dano em uma pessoa (revólveres, pistolas, fuzis, soco inglês, explosivos) e impróprias, isto é, as que, uma vez transmutada a sua utilização normal, são capazes de causar ferimentos (facão, faca de cozinha, taco de beisebol, barras de ferro, canivetes).

Assim, responde pelo crime de roubo com a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal tanto o agente que utiliza um fuzil, quanto aquele que se vale de um caco de vidro.

Destaque-se, apenas, que o objeto desse artigo está restrito à análise do emprego da arma de fogo no crime de roubo.

1.2. TEORIAS QUANTO AO EMPREGO DA ARMA DE FOGO

A causa de aumento de pena em questão sempre gerou divergência doutrinária e jurisprudencial no Direito Brasileiro.

De um lado, a corrente subjetiva sustenta que o fundamento do inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal é o maior poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, diminuindo a sua capacidade de resistência.

Para essa doutrina clássica, o emprego de arma de fogo desmuniada, defeituosa ou, até mesmo, a arma de brinquedo configura a majorante em questão, pois, apesar de ausente a

sua potencialidade lesiva, a sua utilização é capaz de aterrorizar a vítima. Nas lições do professor Hungria¹:

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.

Nesse mesmo sentido, Vicente Sabino Júnior² assevera que “o uso de arma ineficiente poderá ser incriminado se o agredido desconhecer essa circunstância e foi realmente intimidado por ele”.

Na doutrina estrangeira, os professores Manzinni e Maggiore também adotam a posição subjetiva. Acompanhando esse raciocínio, Fernando Capez³ defende que o poder vulnerante da arma deve ser deixado de lado, uma vez que o que importa é que o instrumento seja um meio idôneo a infundir maior temor na vítima e assim diminuir sua possibilidade de reação.

Para esses estudiosos, enquanto no tipo fundamental é previsto qualquer meio de realização da ameaça, no tipo agravado se encontra um meio especial, capaz de causar tal temor que impeça a vítima de opor reação à conduta do sujeito.

A teoria subjetiva sempre teve grande prestígio perante a doutrina clássica. Entretanto, essa orientação não encontra grande amparo na moderna doutrina penal, que, com poucas exceções, vem se inclinando pela teoria objetiva.

¹ HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*: artigos 155 a 196. volume VII. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.58.

² SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito Penal*. volume VII. 1.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, p.379.

³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte especial. volume II. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.438.

A corrente objetiva advoga no sentido de que o que justifica a majoração da punibilidade do agente é a maior probabilidade de dano oriunda de sua conduta. Ensina Rogério Grecco⁴ que :

... não se pode admitir o aumento de pena quando a arma utilizada pelo agente não tinha, no momento de sua ação, qualquer potencialidade lesiva por estar sem munição ou mesmo com um defeito mecânico que impossibilitava o disparo. Embora tivesse a possibilidade de amedrontar a vítima, facilitando a subtração, não poderá ser considerada para efeitos de aumento de pena, tendo em vista a completa impossibilidade de potencialidade lesiva, ou seja, de produzir dano superior ao que normalmente praticaria sem o seu uso.

Não é diferente o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt⁵, ao defender que “a maior probabilidade de dano propiciada pela arma de fogo amplia o desvalor da ação, tornando-a mais grave”. Portanto, para a teoria objetiva, a *ratio essendi* da causa de aumento de pena em debate é a potencialidade lesiva e o perigo concreto que uma arma real é capaz de causar e não o maior medo que atinge a vítima.

Por isso, esclarece Álvaro Mayrink da Costa⁶ que a arma de fogo sem munição ou com munição imprópria para uso, bem como aquela que por defeito mecânico não tiver capacidade ofensora equipara-se a arma de brinquedo, e, como tal, seu emprego tipifica o injusto do tipo básico do roubo pela grave ameaça, mas não o derivado para o reconhecimento da causa especial de aumento da pena.

Apesar do apoio da maioria da doutrina moderna, a teoria objetiva parece desconsiderar uma interpretação teleológica da norma penal. O que o legislador pretende ao prever como causa de aumento de pena o uso de arma é punir uma conduta mais grave.

⁴ GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, arts. 155 a 249 do CP. volume III. 7.ed. Niterói: Impetus, 2010, p.67.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Volume III. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.81.

⁶ MAYRINK, Álvaro da Costa. *Direito Penal: parte especial*. volume V. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.130.

A conduta daquele que utiliza arma de fogo no crime de roubo é mais grave porque incute maior temor na vítima e torna a ameaça mais temível, desigualando a posição do assaltante e da vítima.

O direito penal garante a todos o exercício da legítima defesa. E esse direito pode ser exercido mais facilmente quando vítima e assaltante estão em igualdade de condições. Quando o assaltante usa arma (ou simulacro de arma), ele está em condições superiores e impede a vítima de resistir, ou seja, faz com que a vítima deixe de exercer seu direito à legítima defesa. Ao fazê-lo, agrava sua conduta e por isso merece punição maior.

No mais, não se pode desconsiderar que o assaltante pode usar a arma inapta ou sem balas (ou mesmo a de brinquedo) como arma branca. Com uma coronhada, ele pode matar a vítima mais eficientemente do que se usasse uma faca (que também atrairia a majorante).

Por fim, ainda merece destaque outra discussão travada pela doutrina no que diz respeito à necessidade de a arma ser efetivamente empregada, para efeitos de se praticar a violência ou a grave ameaça, ou se bastaria o seu uso ostensivo, para fins de reconhecimento da causa de aumento de pena.

De acordo com Webber Martins Batista⁷, empregar a arma significa utilizá-la no momento da prática criminosa. Tanto emprega a arma aquele que, sem retirá-la da cintura, mas com a mão sobre ela, anuncia o roubo, como aquele que, após sacá-la, a aponta em direção a sua cabeça. Para este autor, “a majorante poderá ser reconhecida mesmo que o agente tenha a posse da arma e mesmo sem manejá-la ou exibi-la à vítima dá a entender que está armado e pretende fazer o uso da arma, em caso de resistência.”

Da mesma forma, sustenta Luis Régis Prado que “é suficiente para a caracterização da majorante que o sujeito ativo porte a arma ostensivamente, de modo que ameace a vítima,

⁷ BATISTA, Weber Martins. *O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal: Doutrina e Jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.248.

vale dizer, não é imprescindível que venha a fazer o uso do instrumento para praticar a violência ou grave ameaça, sob pena de esvaziamento da *ratio legis*.”

O professor Cezar Roberto Bitencourt⁸, por sua vez, sustenta que o simples portar não seria suficiente para a incidência da majorante e que o vocábulo empregar significa o uso efetivo, concreto e real do artefato criminoso.

Não é outro o magistério de Fernando Capez⁹ ao afirmar que o texto legal exige que o autor maneje a arma, sendo necessário que a aponte em direção à vítima ou a engatilhe de modo a colocar em risco sua incolumidade física

Concluindo esse raciocínio, José Henrique Pierangeli¹⁰ sustenta que a caracterização da majorante exige não só um porte ostensivo da arma, mas também que a sua exibição possa causar no espírito da vítima um justificado temor.

2. SÚMULA Nº 174 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, prevalecia na jurisprudência dos nossos tribunais superiores a tese de que o emprego de arma de fogo configurava a majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Em 1994, no REsp 28.590, o ministro relator Edson Vidgal destacou que “alegar que a arma usada para subjugar a vítima à vontade do agente é de brinquedo não elimina o fato de que o crime foi praticado mediante emprego de arma”.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit, p.97.

⁹ CAPEZ, Fernando. op. cit. p.438.

¹⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. volume II. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 231.

Não foi diferente a decisão emanada do REsp 162.090, no qual o ministro Vicente Leal asseverou que a ameaça com arma de brinquedo, quando ignorada tal circunstância pela vítima, constitui a causa especial de aumento de pena prevista inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, pois tal conduta seria suficiente para causar a intimidação da vítima.

Após diversas decisões nesse mesmo sentido, adotando as razões trazidas pela corrente subjetiva, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 174, cujo teor é o seguinte: “No crime de roubo, a intimidação feita com a arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”.

Essa orientação se fundamentava no sentido de atribuir ao emprego da arma de brinquedo um exame de conteúdo meramente subjetivo. Dessa forma, o que agravaria o delito de roubo seria a capacidade intimidatória do instrumento ofensivo empregado na prática delitiva

Entretanto, depois de duras críticas da doutrina, a jurisprudência do STJ foi, aos poucos, se modificando até que na sessão ordinária realizada no dia 24 de outubro de 2001, por intermédio das duas turmas com jurisdição em matéria criminal, a mencionada súmula foi cancelada.

Levou-se em conta que tanto a arma de brinquedo quanto a desmuniada, porque inaptas ao ataque mais gravoso, não se prestariam à configuração e incidência da causa de especial aumento do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal. O REsp 213.054, de relatoria do ministro José Arnaldo da Fonseca, capitaneou esse novo entendimento. Veja-se a ementa do referido julgado:

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 Súmula 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."

A partir desse momento, a corrente objetiva passou a ganhar mais prestígio nos nossos tribunais superiores, dominando a jurisprudência até pouco tempo. Portanto, afastada a corrente subjetiva, o raciocínio que embasou o cancelamento da súmula passou a ser aplicado também às armas de fogo defeituosas e desmuniadas.

3. NECESSIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO

Dúvidas surgem quanto à necessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para a configuração da causa de aumento de pena em tela.

De acordo com a corrente subjetiva, que desconsidera a potencialidade lesiva do instrumento utilizado pelo agente, a apreensão da arma de fogo e a posterior realização do laudo pericial para a constatação da eficácia do meio empregado é dispensável. Consequentemente, o relato da vítima ou a prova testemunhal seriam suficientes para que a causa de aumento fosse aplicada.

Por outro lado, defende a corrente objetiva que a causa de aumento de pena só pode ser aplicada se houver provas da ofensividade do instrumento utilizado pelo sujeito ativo do crime. Assim, a apreensão da arma de fogo e o laudo técnico seriam imprescindíveis no caso.

Essas exigências somente poderiam ser dispensadas se o relato da vítima ou das testemunhas fosse capaz de comprovar o potencial lesivo da arma de fogo (ex: afirmação de que houve disparos, presença de cápsulas no chão, buracos na parede).

Nesse sentido, o professor Álvaro Mayrink da Costa¹¹ afirma que “há como regra geral a obrigatoriedade da apreensão e perícia da arma própria para o reconhecimento da causa de aumento de pena no injusto de roubo, admitindo-se a excepcionalidade em circunstâncias fáticas especialíssimas”.

Outra divergência enfrentada pela doutrina, que está intimamente ligada a esse tema, diz respeito à questão do ônus da prova da lesividade da arma de fogo. Ressalte-se, apenas, que essa discussão só teria relevância para os defensores da teoria objetiva, já que, para a teoria subjetiva, a apreensão da arma de fogo e a posterior realização do laudo pericial para a constatação da eficácia do meio empregado seriam dispensáveis.

Para uma primeira corrente, nos termos do art.156 do Código de Processo Penal, caberia ao réu da ação penal comprovar que a arma era de brinquedo, defeituosa ou descarregada, já que se presume que toda e qualquer arma de fogo está apta a produzir um dano à vítima.

A segunda corrente, em sentido diametralmente oposto, sustenta que seria ônus da acusação comprovar o potencial lesivo da arma utilizada na empreitada criminosa.

Seus defensores dizem não serem possíveis presunções contra o réu no Processo Penal, cabendo ao Estado o ônus probatório de provar a existência do crime, em todos seus aspectos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), bem como em todas suas circunstâncias, principalmente quando estas tenham natureza de elevar ou agravar a pena.

De acordo com esse pensamento, não é pelo simples fato de o acusado ter dito, por exemplo, em seu interrogatório que a arma que usou foi de brinquedo, que lhe caberia o ônus de provar tal fato, sob pena de em não o fazendo, ter como verdadeiro que a arma utilizada era verdadeira, estava municada e com plena aptidão de efetuar disparos.

¹¹ MAYRINK, Álvaro da Costa. op. cit, p.129.

Tal solução, entretanto, não parece a mais adequada. Não se pode jogar nas mãos do meliante a opção de ter ou não aumento de pena: conseguindo esconder a arma durante a fuga, seria condenado pelo crime de roubo simples. Num país que pretende se desarmar, seria um retrocesso praticamente acabar com a qualificadora do uso de armas.

4. O HABEAS CORPUS 96099-5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após o cancelamento da súmula 174 do STJ, a teoria objetiva ganhou bastante prestígio no cenário nacional. Entretanto, nos últimos dois anos, o debate sobre o tema ressurgiu calorosamente no âmbito da jurisprudência dos nossos tribunais superiores.

Com efeito, de acordo com o posicionamento firmado pela maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 96.099, ocorrido em 19-2-2009, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu o Pleno que não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

Asseverou-se que se, por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial, ficar comprovado o emprego de arma de fogo, essa circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena.

Concluíram os ministros que, caso o acusado pretenda contraditar o que se contém no acervo probatório ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal evidência, nos termos do Art. 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem fizer.

Destacou-se que incumbe à acusação demonstrar os fatos criminosos imputados ao acusado, cabendo a este, contudo, caso o alegue, provar eventual causa excludente de tipicidade, antijuricidade, culpabilidade ou extintiva da punibilidade.

Explicou-se que a lei processual civil e penal outorga à parte o direito e, ao mesmo tempo, a obrigação de demonstrar fato que alegue em seu interesse, e que não seria razoável exigir da vítima ou do acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando seu emprego tiver sido evidenciado por outros meio de prova.

No mais, conforme as palavras do ministro relator Ricardo Lewandowski, a arma de fogo, mesmo que, eventualmente, não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves, como sangramentos e fraturas, não sendo raros na crônica policial e forense, os relatos de coronhadas e chuçadas desferidas com cabos e canos de revólveres, pistolas e artefatos afins, contra vítimas inermes.

Por fim, destacou-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.

Contudo, a tese vencedora nesse julgamento não encontrou a adesão dos ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, que se manifestaram no sentido de que a majorante do emprego de arma de fogo 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.

4.1 JURISPRUDÊNCIA ATUAL SOBRE O TEMA

O que vem se desenhando na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é o acolhimento da tese de que o reconhecimento da causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão da arma de fogo sempre que houver prova robusta do efetivo emprego do artefato. Esse entendimento já está consolidado na Primeira Turma da nossa Corte Suprema.

Adotando os argumentos da teoria subjetiva, por ocasião do julgamento do HC 104653, o ministro relator Ayres Britto enfatizou que “a incidência da circunstância majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do estatuto incriminador está justificada no maior potencial de intimidação e conseqüente rendição da vítima, provocadas pelo uso de arma de fogo.”

Foi nesse mesmo sentido o voto do ministro Marco Aurélio no julgamento do HC 100.933, no qual sustentou que “o texto legal satisfaz-se com a intimidação havida quando, no roubo, aponta-se a arma de fogo para a vítima”.

Embora utilizando argumentos diversos, a ministra Carmen Lúcia também concluiu pela dispensa da apreensão do artefato para a configuração da majorante. No HC 100.187 a relatora ressaltou que “compete ao acusado o ônus de provar que não utilizou arma de fogo ou que a arma utilizada não tinha potencialidade lesiva, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.”

Nesse mesmo sentido, são os seguintes julgados: RHC 103.544, relator ministro Rcardo Lewandowski; HC 97.420, relator ministro Dias Toffoli; HC 105.116 MC, relator Ministro Celso de Mello.

Na Segunda Turma, entretanto, ainda é possível encontrar alguns votos que consideram que a apreensão da arma de fogo é imprescindível.

No julgamento do HC 94.023, o ministro Eros Grau decidiu que “a aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do CP somente é possível com a comprovação, via laudo pericial, da potencialidade lesiva da arma de fogo”.

Endossando essa tese, no HC 95.740 o ministro Cezar Peluso destacou que caso o instrumento não seja apreendido e não havendo a prova de disparos, é ônus da acusação a prova da lesividade da arma de fogo.

Apesar dos votos acima citados, parece que a pacificação do entendimento sobre o tema é questão de tempo. Em recente data, por ocasião do julgamento do HC 104.984, ressaltando a sua posição pessoal, o ministro relator Gilmar Mendes, homenageando o Princípio da Segurança Jurídica e do Colegiado, curvou-se à orientação do Plenário para admitir a desnecessidade da apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização da majorante.

Aliás, no ano de 2011, não se teve mais notícias de julgados em sentido diverso. Veja-se, por exemplo, o RHC 104.488, de relatoria da ministra Carmem Lúcia, a respeito do tema:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E DE PERÍCIA DA ARMA PARA A COMPROVAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. É desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a causa de aumento do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, pois o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova. Precedentes. 3. Recurso ordinário em habeas corpus ao qual se nega provimento.

Por fim, quanto à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cabe destacar que o entendimento da Quinta Turma se coaduna com o da Primeira Turma do STF, enquanto que na Sexta Turma prevalece a tese dos ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

Apenas a título exemplificativo, pode-se citar na Quinta Turma do STJ o HC 161.657, de relatoria da ministra Laurita Vaz, no qual ficou decidido que “a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de

aumento desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa”.

Já na Sexta Turma do STJ, merece destaque o AgRg no REsp 1.069.932, de relatoria do ministro Og Fernandes, que ressaltou que a Sexta Turma daquela Corte vem entendendo que “ no crime de roubo, a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática delituosa são imprescindíveis para a caracterização da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.”

5. A IMPORTÂNCIA DO JULGADOR NO COMBATE À CRIMINALIDADE

Através da leitura da íntegra dos acórdãos do STF e do STJ, não é possível se chegar à conclusão a qual corrente estão filiados os ministros desses tribunais.

Isso porque, de acordo com a teoria subjetiva, que desconsidera a potencialidade lesiva do instrumento utilizado pelo agente, a apreensão da arma de fogo e a posterior realização do laudo pericial para a constatação da eficácia do meio empregado seriam dispensáveis, bastando o relato da vítima ou de alguma testemunha para que a majorante incida.

Assim, considerando que é a esfera psicológica da vítima que deve ser analisada, a causa de aumento de pena deveria ser aplicada também nas hipóteses em que o agente utiliza uma arma de brinquedo.

A teoria objetiva, por sua vez, defende que a causa de aumento de pena só pode ser aplicada se houver provas da potencialidade lesiva do instrumento utilizado pelo sujeito ativo do crime. Assim, a apreensão da arma de fogo e o laudo técnico seriam imprescindíveis. Tal

será dispensável apenas se do relato da vítima ou da prova testemunhal for possível se constatar que o agente efetuou disparos. Essa corrente estaria em perfeita consonância com a posição do STJ, tendo em vista a revogação da súmula 174.

Contudo, diversas decisões do STF e do STJ ao mesmo tempo em que dispõem que não há necessidade de perícia e apreensão da arma para que incida a majorante, considerando que o que importa é a esfera psicológica da vítima, asseguram que o acusado poderá provar a ausência de potencialidade lesiva da arma empregada, o que teria como resultado a supressão da causa de aumento.

A título de ilustração, segue a análise de alguns votos proferidos pelo ministro Ricardo Lewandowski.

No julgamento do RHC 103.544, o ministro ressaltou que, quando o caso se refere ao emprego de arma para a execução do crime, o sistema penal prevê punição mais severa, porque o agente vence a resistência, intimida a vítima, produz medo, tolhe ou imobiliza o sujeito passivo.

Asseverou que, no caso, é fundamental a consequência gerada no ânimo da vítima. A arma, em contexto de ameaça, por sua natureza, é idônea a abalar em grau máximo a defesa da vítima. Concluiu, dessa forma, que o potencial intimidador persiste quando comprovado o uso do artefato por qualquer meio de prova. O ministro Ricardo Lewandowski baseou o seu voto nos argumentos trazidos pela teoria subjetiva.

Contudo, no HC 96000-5, esse mesmo ministro alegou que o acusado poderá provar a ausência de potencialidade lesiva da arma empregada e que a hipótese não guarda nenhuma correspondência com o roubo perpetrado com o emprego de arma de brinquedo.

Ora, se o que deve ser levado em consideração é a esfera psicológica da vítima, não há que se falar na possibilidade de o réu tentar provar que a arma não tinha potencial lesivo. Da mesma forma, mesmo em se tratando de arma de brinquedo, a causa de aumento de pena

deveria incidir. Ou seja, em diversos votos do STJ e STF, os ministros partem de premissas apoiadas na teoria subjetiva, mas concluem o voto de maneira, aparentemente, contraditória.

Verifica-se, portanto, que a maioria dos ministros dos STF e STJ tem conjugado os argumentos de ambas as teorias, com o objetivo de combater a criminalidade de uma maneira mais eficaz.

Seguem as frases do ministro Ricardo Lewandowski no tão citado HC 96099-5:

Não se olvide, de resto, que constitui dever da autoridade judicial não apenas zelar para que os direitos fundamentais do acusado sejam estritamente respeitados, mas também velar para que a norma penal seja aplicada com vistas à prevenção do crime e ao cerceamento da delinquência.

...

Exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo que a qualificadora do art... dificilmente possa ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Significaria, em suma, beneficiá-los com a própria torpeza, hermenêutica que não se coaduna com a boa aplicação do direito.

Os mesmos argumentos foram utilizados pelo Ministro Jorge Mussi no HC 146.168, no qual destacou que, por motivos de política criminal, haja vista o crescente aumento da criminalidade violenta, especialmente nas capitais e grandes cidades do país, reviu o posicionamento que anteriormente vinha adotando, passando a entender que a exigência de perícia nesses casos teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o revólver empregado na prática delituosa, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

Portanto, é possível perceber que, acertadamente, os ministros estão mais preocupados com a política criminal e com o combate da criminalidade do que com eventuais críticas acerca de incoerência jurídica em seus votos.

E, conforme foi demonstrado pelos acórdãos colacionados, a tendência é que o acolhimento da tese de que o reconhecimento da causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescindir da apreensão da arma de fogo sempre que houver prova robusta do efetivo emprego do artefato.

Num país onde o combate ao crime é um dos principais objetivos do Estado, o julgador exerce papel de extrema relevância e não pode jogar nas mãos do meliante a opção de ter ou não contra si o reconhecimento da majorante.

Entender o contrário significaria desconsiderar a interpretação teleológica da norma e incentivar o sumiço das armas por parte do meliante. Seria dizer o seguinte: aquele que conseguir desaparecer com a arma terá um tratamento mais benéfico do que aquele que, por uma questão circunstancial, não for capaz de fazer o mesmo.

Por fim, para a felicidade da população, parece que a unificação do entendimento dos nossos tribunais é questão de tempo.

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. Inicialmente, procurou-se apresentar uma visão geral sobre o tema, com a abordagem dos principais aspectos do crime de roubo, do conceito de arma de fogo e da diferenciação das teorias que discutem sobre a causa de aumento em questão.

Foram enfrentadas questões acerca da utilização da arma de brinquedo no crime de roubo e da necessidade ou não da apreensão e perícia da arma de fogo para a incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Ficou demonstrado que, mesmo após a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 96099/RS, as turmas dos nossos tribunais superiores continuaram decidindo de maneira divergente, mas que a tendência é pela

consolidação do entendimento de que o reconhecimento da causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão da arma de fogo sempre que houver prova robusta do efetivo emprego do artefato.

Percebeu-se, através da análise dos principais julgados do STF e do STJ, que alguns ministros não adotam integralmente nenhuma das teorias acima mencionadas, conjugando os argumentos de ambas as correntes com o intuito de encontrar uma tese capaz de melhor combater a criminalidade nas cidades brasileiras.

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 se apegar exclusivamente às discussões doutrinárias sem atentar para a realidade social do nosso país.

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.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 418.376-5. Rel. Min. Edson Vidigal Publicado no DJ de 10.10.1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 162090. Rel. Min. Edson Vidigal Publicado no DJ de 01.02.1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 213054. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Publicado no DJ de 24.10.2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 161657. Rel. Min. Laurita Vaz. Publicado no DJ de 02.08.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP 1069932. Rel. Min. Og Fernandes. Publicado no DJ de 02.08.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 146168. Rel. Min. Jorge Mussi. Publicado no DJ de 23.08.2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 418.376-5. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado no DJ de 23.03.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96099. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 05.06.2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 104653. Rel. Min. Ayres Britto. Publicado no DJ de 17.09.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 100933. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado no DJ de 01.02.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 100187. Rel. Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJ de 16.04.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 103544. Rel. Min. Ricardo lewandowski. Publicado no DJ de 11.06.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 97420. Rel. Min. Dias Toffoli. Publicado no DJ de 19.03.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 105116. Rel. Min. Celso de Mello. Publicado no DJ de 15.09.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94023. Rel. Min. Eros Grau. Publicado no DJ de 04.12.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 95740. Rel. Min. Cezar Peluso. Publicado no DJ de 26.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 104984. Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 30.11.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 103544. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 11.06.2010.

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

GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, arts. 155 a 249 do CP. volume III*. 7.ed. Niterói. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

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

MAYRINK, Álvaro da Costa. *Direito Penal. Parte especial. volume V*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte especial. volume 2*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito Penal. volume VII*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.