

A PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DE ARMA DE FOGO, A PROVA INDIRETA E O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

Rodrigo Saraiva de Figueiredo

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Advogado.

Resumo – o exame da prova no processo penal brasileiro é o cerne da atividade judicante, cabendo ao órgão acusador, em regra, o ônus probatório pelo que se imputa ao acusado. Trata-se de previsão legal garantidora de um sistema de processo penal acusatório, em atenção aos princípios que o regem, previstos na Constituição da República, tais como a presunção de inocência. Desse modo, especificamente sobre os crimes que envolvem o emprego de arma de fogo, o tema do presente estudo é a análise crítica da aplicação das regras probatórias do processo penal nos casos em que não houve a apreensão do artefato bélico, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e nas controvérsias doutrinárias. A metodologia do presente estudo se traduz em uma pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, realizada por meio de livros, artigos acadêmicos, periódicos e sites especializados que tratam do tema escolhido.

Palavras-chave – Processo Penal. Ônus da Prova. Arma de Fogo.

Sumário – Introdução. 1. O ônus da prova o processo penal brasileiro. 2. A prescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo para as condenações criminais relativas aos delitos patrimoniais. 3. Da inversão do ônus probatório *contra legem* como medida de política criminal nos delitos envolvendo arma de fogo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a prova no processo penal em relação aos crimes praticados com o emprego de arma de fogo. Procura-se analisar o tema com base na jurisprudência dos Tribunais Superiores que definiu a prescindibilidade da apreensão da arma de fogo para que seja verificada a materialidade do delito. A questão deve ser analisada sob um viés crítico, observando as recentes alterações legislativas relacionadas ao tema, bem como as contradições e incertezas quanto às consequências do entendimento firmado.

A arma de fogo é instrumento corriqueiramente empregado na prática de delitos, seja naqueles contra a vida ou ainda em delitos patrimoniais. Em razão da sua maior potencialidade lesiva e intimidatória, seu uso merece maior reprimenda por facilitar a execução do delito. Muito por isso, recentes alterações legislativas promoveram um incremento de pena quando determinados crimes são praticados com o emprego de arma de fogo, variando o incremento de acordo com o tipo de arma empregada.

Por sua vez, a jurisprudência dos Tribunais Superiores dispensa a apreensão da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa para ter como configurada a materialidade do crime, desde que o emprego seja demonstrado por outros meios de prova. Dessa forma, a potencialidade lesiva da arma é presumida, ainda que não haja qualquer indício de possibilidade de uso, pela mera indicação de que o sujeito estava com uma arma de fogo durante o cometimento do delito.

Dado o exposto acima, aponta-se haver inversão do ônus da prova, por mais que os Tribunais Superiores afirmem seguir os termos do art. 156 do CPP – no sentido de que o acusado deve provar o que alega. Surge, aqui, o primeiro questionamento: o ônus de provar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no cometimento de determinado delito é um dever do acusado, nos termos do art. 156 do CPP, ou deve ser do órgão acusador? Apesar de prevalecer nos Tribunais Superiores o entendimento de que cabe ao acusado provar a ausência de potencialidade lesiva da arma de fogo, o tema é controvertido à luz dos princípios que guiam o processo penal e sua instrução probatória e merece atenção.

No primeiro capítulo deste artigo, busca-se analisar o ônus da prova no processo penal brasileiro, com base no entendimento doutrinário e jurisprudencial, a partir de um viés acusatório de processo, pelo qual se resguardam direitos fundamentais das partes envolvidas e, principalmente, do acusado – enxergado como sujeito de direitos. Analisa-se e identifica-se os polos do processo penal, definindo-se a quem cabe o ônus de provar o que está posto.

Já no segundo capítulo, toma-se como ponto de partida as variáveis relacionadas ao ônus probatório, como a possibilidade de verificar, por outros meios de prova, a materialidade do crime de posse ou porte de arma de fogo ou ainda da causa de aumento do crime de roubo pelo emprego de arma de fogo, é necessário analisar qual seria o *standard* probatório exigido para tal. Além disso, dadas as alterações promovidas na legislação penal no que tange aos crimes que envolvam o emprego de arma de fogo, com a distinção feita entre as espécies de arma – uso permitido, restrito ou proibido, seria possível definir, sem a apreensão, qual espécie foi utilizada?

A importância em definir tal questão está no fato de que, ao definir a espécie de arma utilizada, há variações quanto à pena do acusado, bem como quanto ao cumprimento de pena no curso da execução penal. Isso se dá porque, a depender do tipo utilizado, a prática criminosa poderá ser definida como crime comum ou hediondo ou, ainda, receber majoração diversa quando da fixação da pena.

Por fim, no terceiro capítulo do artigo, analisa-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema, apontando suas contradições e incertezas não condizentes ao que se

espera do processo penal, dado todo o arcabouço teórico fundado nos princípios da segurança jurídica e o *in dubio pro reo*.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Conforme há muito exposto por autores como Afrânio Silva Jardim, o processo penal foi historicamente marcado pela busca da verdade real¹. Tal busca foi e vem sendo criticada pela doutrina e hoje tem prevalecido uma leitura garantista do processo penal, falando-se em busca da verdade processual.²

Dentro desse contexto, analisa-se o ônus processual e, especificamente, o ônus da prova, tratada por Afrânio como “a faculdade que tem a parte de demonstrar, no processo, a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal”.³

O Código de Processo Penal brasileiro traz a ideia de ônus da prova em seu artigo 156, *caput*, primeira parte, ao afirmar que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer⁴. Assim, no processo penal, ao menos em regra, é ônus do órgão acusatório a prova daquilo que está posto na denúncia.

Aponta o professor Adalberto José de Camargo Aranha, lembrado por Afrânio, que antes de discutir ônus da prova e a acusação penal, é necessário identificar o que as partes

¹ JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, Rio de Janeiro, nº 23, p. 26-44, jan./jun. 1986. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-23-fase-2/artigo-das-pags-26-44>>. Acesso em: 21 set. 2023.

² LOPES JUNIOR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>>. Acesso em: 21 set. 2023., p. 167.

³ JARDIM, *op. cit.*, p. 30.

⁴ BRASIL. *Código de Processo penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

devem alegar – o que o Ministério Público deve provar em sua peça de acusação e o que cabe à defesa.⁵

De um lado, traça-se paralelo com o direito processual civil, como faz o próprio Afrânio. De outro, busca-se aplicar a teoria geral do processo civil no âmbito do processo penal. Ocorre que, apesar de normas procedimentais e jurídicas, são processos que tutelam interesses bem diferentes.

O processo penal, em especial, é aquele que, ao fim, busca a condenação do acusado. Discutir a prova no processo penal é trazer a análise do magistrado ao centro do estudo. Trata-se, ao fim, da busca pelo convencimento do magistrado por meio das provas produzidas no curso processual.

Dentro do exame do processo decisório e da análise probatória no processo penal, necessário se ater aos princípios basilares do processo penal que, por vezes, não se aplicam ao processo civil. Dito isso, tem-se, por exemplo, o princípio do *in dubio pro reo*. É princípio que está totalmente relacionado à instrução probatória.

Assim, não sendo o Ministério Público capaz de arcar com seu ônus, não há que se falar em condenação, levando a dúvida a uma absolvição autorizada pelo art. 386 do CPP⁶. Segundo Afrânio, o réu possui a faculdade de negar os fatos alegados pela acusação, não podendo, em caso de omissão, serem presumidos verdadeiros.⁷ Da inteligência do que diz o autor, pode-se traçar paralelo com o silêncio do acusado durante a instrução probatória. Não pode o magistrado presumir, diante do silêncio em interrogatório, a veracidade das alegações. Os fatos imputados devem continuar a ser objeto de prova da acusação.

Reforça-se, portanto, o ônus da prova do órgão acusatório no processo penal brasileiro e “a dúvida sobre os chamados “fatos da acusação” leva à improcedência da pretensão punitiva, independente do comportamento do réu.”⁸

Conforme exposto acima, o artigo 156 do CPP é claro ao dizer que o ônus da prova incumbe a quem alega um fato. As alegações, no processo penal, são feitas, sob o prisma processual, pela acusação. Ainda que o acusado traga fatos ou versões dos fatos que destoem do que foi dito pela acusação, tais devem ser entendidos apenas como negação dos fatos alegados na denúncia ou queixa.⁹

⁵ JARDIM, *op. cit.*, p. 35.

⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 4.

⁷ JARDIM, *op. cit.*, p. 39

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

Nesse contexto, definidos os papéis no processo penal, tem-se que a legislação exige do órgão acusador uma imputação ao réu com todas as suas nuances, com base no conceito analítico de crime, demonstrando ser o fato típico, ilícito e culpável, bem como trazendo as circunstâncias relevantes à elucidação do crime. Ademais, deve o Ministério Público, já em sede de denúncia, trazer elementos mínimos de prova que fundamentem a imputação criminal.

E não só em denúncia. Em razão da distribuição do ônus da prova no processo penal, nos termos do art. 156 do CPP, deve a acusação, ao longo do processo, provar o que alega e não o contrário.

Não cabe ao acusado comprovar, diante de simples alegações do Ministério Público ou um suporte probatório deficiente, que não cometeu determinada conduta ou as circunstâncias do caso concreto não ocorreram conforme narrado pela acusação.

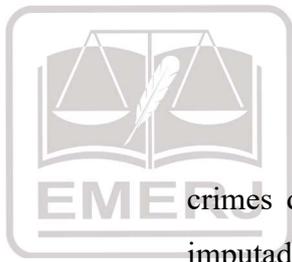
É nesse sentido que, a partir do próximo capítulo, traçar-se-á paralelo entre a discussão sobre o ônus da prova no processo penal e a jurisprudência punitivista dos tribunais brasileiros. É comum observar verdadeira inversão do ônus da prova no processo penal e, em especial, em jurisprudência sobre crimes envolvendo o uso de arma de fogo, verifica-se um desvirtuamento do que até então seria uma alternativa ao julgador diante de ausência de apreensão da arma.

Conforme se verá adiante, o Superior Tribunal de Justiça, ao se posicionar sobre situação na qual se discutia a prova no processo penal, definiu a possibilidade de se provar por meio diverso da apreensão e perícia o emprego de arma de fogo. Fato esse que não retirou do Ministério Público o ônus *probandi* sobre a imputação original – de que o sujeito praticou o crime imputado com o emprego de arma de fogo. O que se vê é que os tribunais, a partir de tal entendimento, realizam verdadeira inversão do ônus da prova, impondo ao acusado o ônus de provar não ser verdadeiro o alegado pela acusação.¹⁰

2. A PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO PARA AS CONDENAÇÕES CRIMINAIS RELATIVAS AOS DELITOS PATRIMONIAIS

O ônus probatório no processo penal é tema de especial relevância em crimes cometidos com o emprego de arma de fogo. Isso porque não raro tais crimes são cometidos às escuras, situações nas quais a arma não será apreendida. Aqui, distinção se faz em relação aos

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *AgRg em AREsp n. 1.286.741/PI*. Relatora: Ministro Maria Thereza de Assis Moura. Acesso em: 14 mar. 2023.



crimes de posse ou porte de arma de fogo, previstos na Lei n. 10.826/03¹¹, normalmente imputados ao agente que é encontrado com o artefato bélico. Por isso, as considerações a seguir merecem especial atenção principalmente quando diante de crimes patrimoniais com o emprego de arma de fogo.

Diante do quadro apresentado, surge situação já muito enfrentada pelo judiciário brasileiro sobre o emprego ou não da arma de fogo na prática criminosa. Isso porque quando há a imputação do emprego da arma pelo Ministério Público, a defesa, de modo geral, nega haver o emprego da arma quando essa não é apreendida. A negativa, quando existem testemunhas ou vítimas que apontem o uso da arma de fogo, baseia-se na dúvida sobre o potencial lesivo daquele artefato. Não havendo provas sobre o potencial lesivo daquela arma, gera-se dúvida quanto a sua a caracterização como arma de fogo.

Feita uma breve introdução, pontua-se que o Superior Tribunal de Justiça¹² e o Supremo Tribunal Federal¹³, diante dessa questão, têm posicionamento no sentido de que a apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização da majorante prevista no artigo 157, §2º, inciso I, do Código Penal, é prescindível, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego.

Dessa forma, os Tribunais Superiores sanaram controvérsia comum nos tribunais locais sobre a possibilidade ou não de aplicar a majorante prevista ao crime de roubo quando não apreendida a arma de fogo. Com o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores, havendo prova testemunhal sobre a utilização do artefato bélico na prática do crime, o magistrado pode e deve considerar tal circunstância para a imputação penal.

Tal discussão tem paralelo com os crimes previstos na Lei n. 11.343/06 – Lei de Drogas. Isso porque em tal lei há expressa previsão sobre a necessidade de haver laudo toxicológico para a caracterização dos crimes de tráfico de drogas e afins. A lei prevê, inclusive, procedimento próprio de perícia prévia e definitiva, sem os quais não é possível imputar ao acusado a prática dos crimes ali previstos.¹⁴

¹¹ BRASIL. *Lei n. 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 27 jul. 2023.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg em AREsp n. 1.286.741/PI*. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729681&num_registro=201801022315&data=20180802&peticao_numero=201800290086&formato=PDF>. Acesso em: 14 mar. 2023

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 96.099-5/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595388>>. Acesso em: 14 mar. 2023

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.544.057/RJ*. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em:

Ocorre que não há qualquer previsão nesse sentido para os crimes no geral ou, especialmente, para os crimes patrimoniais. Trata-se, evidentemente, de uma escolha legislativa quanto aos crimes que envolvem materiais entorpecentes. Dessa forma, os tribunais consolidaram jurisprudência no sentido de ser dispensável a apreensão da arma de fogo se, por outros meios probatórios, for possível a comprovação de seu emprego.

Trata-se de discussão que gira em torno da carga valorativa da prova, merecendo ressalva quanto ao sistema de valoração de provas adotado pelo sistema processual penal brasileiro. O Código de Processo Penal brasileiro adotou expressamente, no artigo 155, o sistema do livre convencimento motivado¹⁵, rompendo com o sistema da íntima convicção e da prova tarifada – apesar de haver resquícios desses sistemas em nosso ordenamento jurídico, como ocorre, respectivamente, no Tribunal do Júri e crimes envolvendo substâncias entorpecentes. O clássico exemplo dado pela doutrina é não mais se considerar a confissão como a rainha das provas, gerando situações nas quais a confissão, em conflito com demais elementos probatórios contrários ao que foi confessado, não necessariamente prevalecerá. Em suma, não há hierarquia entre as provas¹⁶.

Dispensada a apreensão e perícia da arma de fogo para que se constate seu emprego na prática delituosa, seu emprego deve ser constatado pelos demais meios de prova previstos em nossa legislação¹⁷. Dentre eles, a prática nos mostra ser o depoimento da vítima e das testemunhas o principal meio de prova utilizado no processo penal para imputar a conduta do emprego de arma de fogo ao acusado. Considerando o sistema de valoração probatório adotado pelo Código Processual Penal brasileiro, não há qualquer óbice para que a palavra de quem presenciou os fatos seja considerada para basear uma condenação penal.

Inclusive é dessa maneira que os tribunais atuam quase que de forma integral quando diante de crimes patrimoniais. Quanto à dinâmica delituosa, a palavra da vítima possui determinante valor probatório¹⁸, visto que raras são as situações nas quais tais crimes são

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542772&num_registro=201501734967&data=20161109&formato=PDF>. Acesso em: 01 ago. 2023.

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo penal*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01 ago. 2023.

¹⁶RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9786559770526. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/>>. Acesso em: 01 ago. 2023. p. 509.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp n. 1.544.057/RJ*. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542772&num_registro=201501734967&data=20161109&formato=PDF>. Acesso em: 01 ago. 2023.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 1250627 / SC*. Relator Min. Jorge Mussi. Disponível em: <



gravados ou visualizados por autoridades policiais e outras testemunhas. Desse modo, segue-se tal linha quando se afirma o uso de arma de fogo no cometimento do crime.

Especial atenção merece o fato de que a arma de fogo não é qualquer artefato que se assemelhe a uma arma de fogo. A Lei n. 10.826/03 deixou a cargo de ato do chefe do Poder Executivo Federal, mediante proposta Comando do Exército, a definição legal do que se considera arma de fogo, trazendo-a por meio de portaria¹⁹, conceituando-a como “arma que dispara projéteis”. Assim, qualquer equipamento similar que não dispara projéteis é mero simulacro de arma de fogo, também esse conceituado por portaria do Exército, sendo “objeto que visualmente pode ser confundido com uma arma de fogo, mas que não possui aptidão para a realização de tiro de qualquer natureza”²⁰.

Vistos os conceitos acima, imputar ao acusado a prática de crime com o emprego de arma de fogo exige que seja demonstrada a capacidade de disparar projéteis. Sem isso, o potencial lesivo daquele instrumento se equivale a uma arma branca. Não à toa o Código Penal prevê frações de aumento diferentes quando há o emprego de arma de fogo e quando se utiliza arma branca²¹, com fundamento na proporcionalidade e lesividade das condutas.

Das constatações acima expostas, identifica-se situação controversa quanto ao *standard* probatório necessário para que seja imputada a prática delituosa com o emprego de arma de fogo. Dada a desnecessidade de apreensão e perícia do artefato para que se condene pelo emprego da arma, questiona-se aqui qual seria o arcabouço probatório suficiente para demonstrar ter havido o emprego de arma de fogo – e não de qualquer outro instrumento que se assemelhe a uma arma de fogo.

Tal controvérsia chegou aos tribunais brasileiros e esses, com base na supervalorização da palavra da vítima, consideram, cotidianamente, o depoimento da vítima do crime patrimonial suficiente para condenar o agente pelo emprego do artefato bélico. No entanto, conforme será visto a seguir, a aplicação da jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto à apreensão e perícia da arma de fogo acima exposta vem sendo empregada de modo a realizar inversão do ônus da prova não autorizada em lei.

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800373907&dt_publicacao=11/05/2018>. Acesso em: 01 ago. 2023.

¹⁹ BRASIL. Ministério Da Defesa. Exército Brasileiro. Gabinete Do Comandante. *Portaria n. 001 - COLOG*, de 17 janeiro 2006. Disponível em: <http://www.dfpc.eb.mil.br/phocadownload/Portarias_EB_COLOG/Portaria%20001-DLog-17Jan06.pdf> Acesso em: 01 ago. 2023.

²⁰ BRASIL. *Portaria n. 002 - COLOG*, de 26 fevereiro 2010. Disponível em: <http://www.dfpc.eb.mil.br/phocadownload/Portarias_EB_COLOG/Portaria_002-COLOG_de_26Fev10.pdf> Acesso em: 01 ago. 2023.

²¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

3. DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO *CONTRA LEGEM* COMO MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL NOS DELITOS ENVOLVENDO ARMA DE FOGO

Imputações de delitos envolvendo o emprego de arma de fogo são das mais comuns nos tribunais brasileiros e, considerando a maior periculosidade e lesividade do meio empregado, exigem do Estado uma maior reprimenda a esse fato. O Legislativo vem, ao longo das últimas décadas, promulgando leis que endurecem o tratamento àqueles crimes praticados com armas, em especial no que diz respeito aos delitos patrimoniais. Na mesma toada segue o Judiciário que, ao aplicar a norma penal positivada e ao considerar as circunstâncias sociais, pune de forma mais severa aqueles delitos envolvendo o emprego de arma de fogo.

Nos últimos anos houve consideráveis alterações legislativas quanto ao emprego de arma de fogo nos crimes contra o patrimônio, em especial no crime de roubo, distinguindo-se práticas envolvendo armas brancas, armas de uso permitido e armas de uso restrito ou proibido. Houve também a inclusão do tipo penal do roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo no rol de crimes hediondos, alterações promovidas principalmente pela Lei. n. 13.654/18²² e Lei n. 13.964/19 – essa popularmente conhecida como “pacote anticrime”.²³

Verifica-se, portanto, haver verdadeira política de endurecimento no tratamento dos crimes patrimoniais envolvendo o emprego de arma de fogo e o judiciário não está alheio a essa política estatal. No entanto, dentro do seu papel, deve seguir o que dispôs o legislador, atento ao seu papel de aplicador da lei dentro da discricionariedade que lhe é concedida.

Conforme visto nos capítulos anteriores, os crimes que envolvem armas de fogo são crimes, em regra, praticados às escuras, dificultando a reunião de provas que indiquem, com total clareza, a dinâmica dos fatos, motivo pelo qual se valoriza, especialmente, a palavra da vítima. No entanto, valorizar o depoimento da vítima significa presumir que o objeto empregado na prática delituosa era de fato uma arma de fogo com potencial bélico?

²² BRASIL. *Lei n. 13.654/18*, de 23 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13654.htm#art1>. Acesso em: 19 nov. 2023.

²³ BRASIL. *Lei n. 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

Para o STJ, parece que sim. Em seus julgamentos sobre o tema²⁴²⁵, costuma considerar a palavra da vítima no sentido de que o condenado portava arma na prática do roubo, bastando tal depoimento. Presume-se, portanto, o potencial bélico do instrumento utilizado na prática delituosa para qualificar o tipo penal. Assim, impõe ao acusado “demonstrar que arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.”²⁶

Portanto, a jurisprudência que prevalece na corte superior é no sentido de se inverter o ônus da prova, ou seja, impor ao acusado o ônus de comprovar que o instrumento empregado na prática delituosa não é uma arma de fogo, ou seja, que não possui potencial bélico. Em outras palavras, caso a vítima informe ter visto artefato ao menos similar a uma arma de fogo, cabe ao acusado demonstrar não ser uma arma de fogo, mas uma arma de brinquedo ou ainda a ausência de potencial bélico.

Cabe destacar aqui entendimento mencionado em determinadas ocasiões de que, ainda que não se demonstre o potencial bélico do artefato, seria possível impor ao acusado o emprego de arma de fogo, posto que, mesmo sem a capacidade de disparar projéteis, pode ser utilizada para coronhadas. Trata-se, evidentemente, de argumentação que viola diretamente a proporcionalidade e a legalidade. O tratamento mais severo dado ao emprego de arma de fogo é, evidentemente, em razão do seu potencial bélico, dado a lesividade ao bem tutelado nessa hipótese – concepção objetivista, adotada por Heleno Claudio Frago, Guilherme de Souza e Cezar Roberto Bittencourt²⁷.

Por outro lado, existe entendimento de que deve o emprego do artefato ser considerado como uma arma de fogo, independente da sua potencialidade bélica – concepção subjetivista.²⁸ Para essa corrente, o simples fato de estar empregando instrumento similar a uma arma de fogo já seria suficiente para configurar a qualificadora do emprego de arma de fogo, posto que, de

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg em AREsp n. 1.286.741/PI*. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729681&num_registro=201801022315&data=20180802&peticao_numero=201800290086&formato=PDF>. Acesso em: 14 mar. 2023

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp n. 961.863/RS*. Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça de São Paulo). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900332734&dt_publicacao=06/04/2011> Acesso em: 05 set. 2023.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ SANTOS, Marcos Paulo D. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 618-619

²⁸ *Ibidem*.



forma subjetiva, já produz os efeitos intimidatórios de uma arma de fogo real. Parte da doutrina, capitaneada pelo eminente doutrinador Nelson Hungria, caminha nesse sentido.²⁹

Os Tribunais Superiores, alinhados, adotaram a concepção objetiva em torno da razão de ser da causa de aumento da pena³⁰. Dessa forma, deve o artefato empregado ter potencialidade lesiva à vítima para que seja considerada a causa de aumento, sob pena de incorrer em *bis in idem*. Caso adotada a concepção subjetiva, tomando a intimidação da vítima como parâmetro, estar-se-ia considerando a grave ameaça, elementar do tipo penal do crime de roubo, também na terceira fase da dosimetria da pena.

Apesar de o tema ter sido amplamente debatido nos Tribunais Superiores, as novidades legislativas o trazem à tona novamente. Hoje, o Código Penal e o Estatuto do Desarmamento possuem toda uma classificação acerca do tipo do artefato bélico empregado na prática delitiva ou, ainda, se se tratava de uma arma branca, ou seja, sem a capacidade de disparar projeteis, como uma faca.

Hoje, diante das distinções feitas pelo legislador, categorizando os instrumentos empregados nas práticas delitivas, presumir o enquadramento daquele artefato apenas pelo apontamento da vítima que o agente estava empregando um instrumento, ainda que similar a uma arma de fogo, é, por certo, parte de uma política criminal que ignora a estrita legalidade do direito penal.

Nesse contexto, hoje se classifica a arma de fogo em três espécies: uso permitido, uso restrito e uso proibido³¹. Como se daria, por exemplo, a imputação caso a arma não fosse apreendida? Poderia aplicar aqui a máxima do *in dubio pro reo* e categorizar a arma como de uso permitido? Parece ser um contrassenso aplicar tal raciocínio quando, antes, se utilizou justamente o contrário para a imputação do emprego de arma de fogo.

É justamente em cima desse raciocínio que o professor Marcos Paulo, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, sustenta que, quanto à causa de aumento prevista no § 2º-B do art. 157 do Código Penal, a “[...] a prova oral, em regra, não bastará à sua incidência, pois, por mais que o lesado e as testemunhas informem ter havido arma de fogo, não possuem conhecimento técnico, nem normativo, para afiançar se seria de uso restrito ou proibido. A regra, nesses casos, passa a ser a apreensão e a perícia [...]”³².

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 695.515/RJ*, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, v.u., j. 1.12.92, DJU 12.3.93 p. 3561

³¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 11.

³² SANTOS, Marcos Paulo D. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 634/635.

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar os efeitos de se reconhecer como prescindível a apreensão e perícia de arma de fogo nos crimes que envolvam seu emprego e os seus desdobramentos na aplicação da lei penal e na análise do ônus probatório no processo penal. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, evidenciar que o tema não é unânime e que provoca relevantes discussões.

Verificou-se que o processo penal brasileiro adota o sistema acusatório, por meio do qual se impõe ao órgão acusador o ônus de comprovar aquilo que traz na acusação, não cabendo ao acusado provar que o que se alega não é verdade. Trata-se de verdadeira regra probatória garantidora de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como a presunção de inocência.

Nesse aspecto, os crimes cometidos com o emprego de arma de fogo ganham especial relevância, posto que a praxe é a não apreensão e perícia do instrumento utilizado na prática delitiva. Justamente por isso os Tribunais Superiores consolidaram entendimento no sentido de que não é necessária a apreensão e perícia da arma de fogo para que se impute ao acusado o seu emprego, bastando que o conjunto probatório indique seu emprego. Ocorre que, na prática, inverte-se por completo o ônus da prova, admitindo-se, em regra, a mera indicação da vítima de que o acusado estava empregando instrumento com as características de uma arma de fogo para que seja configurado seu emprego.

Tal interpretação não estaria equivocada se somente fosse considerado o aspecto intimidador do artefato. No entanto, a caracterização do emprego de arma de fogo no direito penal leva em conta não somente seu caráter intimidador, mas também seu potencial lesivo. Caso assim não fosse, o legislador não perderia tempo distinguindo, no crime de roubo, os tipos de arma, posto que todas essas possuem um forte caráter intimidador em situações cotidianas. A diferença, porém, está na lesividade do meio empregado em relação ao bem jurídico tutelado.

Dessa forma, tendo em vista ser necessário observar o caráter lesivo do instrumento utilizado na prática delitiva, pressupor a lesividade com base em mera afirmação da vítima de que o acusado portava artefato com as características de uma arma de fogo, sem que tenha havido o uso ou ainda uma possibilidade de observá-la com atenção, fixa um *standard* probatório ínfimo para uma condenação criminal final.

Trata-se de política criminal adotada pelos tribunais do país diante das nuances do cotidiano, dada a extrema dificuldade de se obter provas robustas em casos, por exemplo, de



roubo com o emprego de arma de fogo. A consequência prática da política adotada foi, verdadeiramente, a imposição ao acusado de provar a ausência de potencialidade bélica do instrumento empregado na prática delitiva.

Não há dúvidas da legalidade da consideração de outros meios de prova para sanar a ausência de apreensão e perícia da arma de fogo, posto que o ordenamento jurídico pátrio não faz qualquer exigência nesse sentido, como faz, por exemplo, nos crimes que envolvem a apreensão de entorpecentes. No entanto, considerar outros meios de prova não significa tornar o depoimento da vítima, sem maiores detalhes, prova cabal. Significa uma análise concreta das provas colhidas para que se chegue, sem dúvida razoável, à verdade dos fatos.

Portanto, a aplicação do entendimento firmado pelas cortes superiores tem se mostrado de dúbia legalidade com base na norma disciplinadora do ônus probatório no processo penal, prevista no art. 155 do Código de Processo Penal. Acaba-se por inverter o ônus da prova e impor ônus excessivo ao acusado, violando-se, ainda, o princípio constitucional da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei n. 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei n. 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Código de Processo penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei n. 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei n. 13.654*, de 23 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13654.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 96.099-5/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:



<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595388>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 69515/RJ*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1539907>> Acesso em: 08 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg em AREsp n. 1.286.741/PI*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729681&num_registro=201801022315&data=20180802&peticao_numero=201800290086&formato=PDF>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Gabinete Do Comandante. *Portaria n. 001 - COLOG*, de 17 janeiro 2006. Disponível em: <http://www.dfpc.eb.mil.br/phocadownload/Portarias_EB_COLOG/Portaria%20001-DLog-17Jan06.pdf> Acesso em: 01 ago. 2023.

_____. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Gabinete Do Comandante. *Portaria n. 002 - COLOG*, de 26 fevereiro 2010. Disponível em: <http://www.dfpc.eb.mil.br/phocadownload/Portarias_EB_COLOG/Portaria_002-COLOG_de_26Fev10.pdf> Acesso em: 01 ago. 2023.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial – arts. 121 a 212. v.2*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555596045. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596045/>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Arma de fogo de uso restrito agora qualifica o homicídio*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-06/relacoes-consumo-arma-fogo-uso-restrito-agora-qualifica-homicidio>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. V. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. *In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, Rio de Janeiro, nº 23, p. 26-44, jan./jun. 1986. Disponível em: < <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-23-fase-2/artigo-das-pags-26-44>>. Acesso em: 21 set. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação preliminar no processo penal*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. ISBN 9788502225992. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502225992/>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>>. Acesso em: 21 set. 2023.



MARTELLETO, Fernando Campelo. *A Lei 13.654 e a majorante do emprego de arma no crime de roubo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-04/fernando-martelleto-majorante-uso-arma-crime-roubo#author>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9786559770526. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

SANTOS, Marcos Paulo D. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.