

(IN)APLICABILIDADE DA MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA NO CRIME DE ROUBO, QUANDO DA UTILIZAÇÃO DE SIMULÁCRO

*Vinicius Victor Vieira da Silva*¹³¹

RESUMO

O presente estudo tem como escopo demonstrar a interpretação doutrinária acerca da aplicação da majorante de emprego de arma no crime de Roubo, quando o agente utiliza simulacro de arma de fogo, bem como a hodierna jurisprudência dominante, além dos aspectos relacionados à prova.

PALAVRAS-CHAVE: Arma de fogo. Simulacro. Roubo. Majorante.

ABSTRACT

The present study is to demonstrate the scope of doctrinal interpretation on the application of the upper bound for employment gun in the crime of theft when the agent uses the simulacrum of a firearm, as well as today's prevailing jurisprudence, in addition to aspects related to the test.

KEY-WORDS: Firearm. Simulacrum. Theft. Upper bound.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 CRITÉRIO OBJETIVO E SUBJETIVO. 3 APREENSÃO E PERÍCIA. 4 PALAVRA DO OFENDIDO E TESTEMUNHAS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal deve ser utilizado sempre como a *ultima ratio*, buscando resguardar todos os bens jurídicos possíveis, sendo acionado somente em última circunstância.

O presente artigo se debruçará sob o crime de Roubo, mas especificamente sob a majorante de emprego de arma, o qual salvaguarda dupla objetividade jurídica, o patrimônio e a integridade corporal e psíquica das pessoas.

Não obstante o porte ilegal de arma de fogo constitui crime, segundo a Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003, por esta mesma Lei, é vedada a fabricação, venda, comercialização e a importação de armas de brinquedos, suas réplicas e simulácos de arma

¹³¹ Acadêmico do 5o ano de Direito da Unifil.

de fogo, que com estas possam confundir, porém, a sua posse não constitui crime e nem há qualquer vedação na legislação.

Diante disso, discorrer-se-á sobre a excepcional aplicabilidade da majorante de emprego de arma no crime de Roubo, quando tal utilização for simulada e não real.

2 CRITÉRIO OBJETIVO E SUBJETIVO

Em 1996, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 174, a qual delineava o seguinte entendimento “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”, demonstrando que o Egrégio Tribunal adotara o critério subjetivo na avaliação do potencial ofensivo do objeto utilizado para a aplicação de majorante prevista no inciso I do §2º do Art. 157 do Código Penal Brasileiro.

Defendido por uma determinada corrente doutrinária, cujo principal expoente é Fernando Capez, o critério subjetivo comporta a idéia de que o emprego de simulacro de arma de fogo, ainda que seja um meio inidôneo de causar lesão, o mero abalo psicológico na vítima, capaz de causar o temor e que contribui para a colaboração do ofendido quanto à ação criminosa do agente, é suficiente para configurar a aplicação da majorante de pena em epígrafe.

Com excelência, Fernando Capez aduz:

O fundamento dessa causa de aumento é o poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, anulando-lhe a sua capacidade de resistência. Por essa razão, não importa o poder vulnerante da arma, ou seja, a sua potencialidade lesiva, bastando que ela seja idônea a infundir maior temor na vítima e assim diminuir a sua possibilidade de reação. Trata-se, portanto, de circunstância subjetiva. Assim, a arma de fogo descarregada ou defeituosa ou o simulacro de arma (arma de brinquedo) configuram a majorante em tela, pois o seu manejo, não obstante a ausência de potencialidade ofensiva, é capaz de aterrorizar a vítima. (CAPEZ, 2012, p. 431)

Todavia, a Terceira Seção do STJ, na sessão de 24 de outubro de 2001, julgando o REsp 2013.053-SP, decidiu pelo cancelamento da súmula 174, aderindo à interpretação da doutrina majoritária, defensora do critério objetivo.

Hodiernamente a doutrina e jurisprudência é pacífica no que se refere à não incidência da majorante do emprego de arma no crime de roubo, quando da utilização de simulacro de arma de fogo, adotando, por conseguinte, o critério objetivo na avaliação do real potencial ofensivo do objeto, conforme assevera Cezar Roberto Bitencourt:

O fundamento dessa majorante reside exatamente na maior probabilidade de dano que o emprego de arma (revólver, faca, punhal etc.) representa e não no temor maior sentido pela vítima. Por isso, é necessário que a arma apresente idoneidade ofensiva, qualidade inexistente em arma descarregada, defeituosa ou mesmo de brinquedo. Enfim, a potencialidade lesiva e o perigo que uma arma verdadeira apresenta não

existem nos instrumentos antes referidos. Pelas mesmas razões, não admitimos a caracterização dessa majorante com o uso de arma inapta a produzir disparos, isto é, inidônea para o fim a que se destina. (BITENCOURT, 2012, p. 119)

Os recorrentes julgados demonstram que há exceções na aplicação da majorante em questão e na utilização do critério subjetivo, ainda que o objeto utilizado não tenha o real potencial ofensivo.

3 APREENSÃO E PERÍCIA

É irrefutável que, por inúmeras vezes, os delinquentes ao praticarem o crime de Roubo, conseguem fugir sem serem pegos em flagrante e logo em seguida se desfazem dos instrumentos utilizados para o cometimento do crime para dificultar a coleta das provas e a consequente tipificação, que em não raras situações, são simulacros de arma de fogo.

É sabido que a apreensão consiste na retenção do objeto material utilizado pelo agente para a prática do ilícito e que pode ser utilizada como meio de prova de que tenha cometido o crime.

Dentre algumas situações de bens que podem ser apreendidos, segundo o Código de Processo Penal, encontra-se na *alínea d* do §1º do Art. 240, os seguintes “apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso”.

Após a apreensão do objeto, no caso da arma de fogo, é designado a um perito a função examiná-lo com o fito de determinar, além de outras situações, o caráter da potencialidade lesiva da arma e, após a elaboração do laudo, as conclusões do *expert* serão encaminhadas ao juiz para auxiliar na busca da verdade real do processo.

Entretanto, conforme dito, por inúmeras vezes as armas utilizadas nos crimes não são encontradas, e não obstante o sujeito ser denunciado, bem como julgado pela prática do Roubo majorado pelo emprego de arma, é imperioso ressaltar que, ainda que a perícia seja uma prova substancialmente importante, o laudo pericial não é indispensável à prolação de sentença condenatória, haja vista que, neste caso, a palavra do ofendido e das testemunhas serve para dar guarida à decisão do magistrado.

4 PALAVRA DO OFENDIDO E TESTEMUNHAS

É de notar-se em diversas jurisprudências a inexigibilidade da prova pericial ou da apreensão da arma, visto que é suficiente a ouvida do ofendido e das testemunhas, cabendo ao acusado, no caso de ser alegado por uma destas provas o efetivo emprego de arma de fogo, o

ônus de provar o contrário.

Relatou-se no decorrer deste artigo que pela corrente majoritária só há a incidência da majorante do emprego de arma no crime de roubo, quando a arma tiver, de fato, caráter de comprometer a incolumidade física da vítima, isto é, promover a real lesividade no ofendido utilizando o critério objetivo.

É de se indagar, então: Quando o agente, ao abordar a vítima, emprega um simulacro de arma de fogo e depois dele se desfaz a ponto de não restar qualquer indício de existência de tal objeto, caberia ao agente, a incidência da majorante em questão? Deste questionamento, decorre nova indagação que, uma vez respondida, permitirá a solução da questão principal.

É certo que existem objetos que muito se parecem com armas de fogo legítimas, de modo que, diante disto, seria possível admitir que o depoimento do ofendido ou de testemunhas bastasse como prova à incidência da majorante já que, não raras vezes, estas não teriam sequer conhecimento técnico para reconhecer a diferença entre o objeto lesivo e o simulacro?

Ademais disso, o só fato do agente ter conseguido imprimir seu intento criminoso já demonstra que, naquela situação, vítima e testemunhas aterrorizaram-se com a ação do criminoso a ponto de crer tratar-se de objeto legítimo a colocar, em perigo, sua integridade física.

Essa situação, por si só bastaria para demonstrar quão frágil é a prova que, na interpretação jurisprudencial, tem bastado para sustentar um decreto condenatório com a incidente da majorante.

De se ver, neste sentido, o julgado proferido em 04 de junho de 2009 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em Habeas Corpus 96099/RS, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski:

Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Ordem denegada.

I — Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II — Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa. III — A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima — reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente — ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV — Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V — A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI — Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII — Precedente do STF. VIII — Ordem indeferida (STF — HC 96099/RS — Pleno — Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ04.06.2009, p. 498).

Seguindo o entendimento do Pretório Excelso, o depoimento da vítima e/ou de testemunhas bastaria à incidência da majorante de emprego de arma de fogo no crime de roubo, ainda que ao contrário disso, o agente tivesse se utilizado de simples simulacro que, dada sua natureza, seria inidôneo à produção do resultado lesivo, tornando impossível a qualificação do crime.

5 CONCLUSÃO

Não se nega, por óbvio, a maestria e excelência dos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, o que não se pode admitir é que na busca de acalantar os anseios e indignações sociais, se interprete a lei penal em prejuízo do acusado, ferindo, com isto, os princípios e garantias individuais.

É certo que um maior rigorismo do sistema penal, com a imposição de penas altas, por si só, não será capaz de resolver o problema da criminalidade e dificultar a ação dos delinquentes, razão pela qual, não se deve optar por qualificar uma conduta quando esta não encontrar perfeita subsunção à norma abstrata.

Assim, conforme abordado no presente artigo, o sujeito utilizando de arma de fogo idônea ou utilizando-se de um simulacro, responderá, de idêntica forma, pela qualificadora do emprego arma de fogo com potencial de lesividade, ainda que na segunda hipótese, o objeto seja absolutamente inidôneo para alcançar esse fim

Desta conclusão decorre algumas inquietações: as recentes decisões proferidas, ao invés de diminuir a criminalidade como pretendido, não acabam contribuindo, ainda mais, para que o agente passe a utilizar arma de fogo de real capacidade lesiva? Ou, induz o agente, na prática criminosa, a utilizar o simulacro de arma de fogo (que trará transtorno à vítima e diminuirá a sua capacidade de resistência igual a arma de fogo) que poderá depois guardá-lo para que, se porventura for pego posteriormente ou em flagrante, provar em juízo que era um meio inidôneo de causar lesão e, conseqüentemente, não incidir sobre sua conduta a majorante de emprego de arma?

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 3, dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19.ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial 2, dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 12. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte especial. Vol. 2., São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. Vol. 3. 6.ed., Niterói, Rio de Janeiro: Impetrus, 2009.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 7.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Vade Mecum/obra coletiv de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13.ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27174%27>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2014.