Percurso Acadêmico
ISSN: 2236-0603
Revista interdisciplinar da PUC Minas no Barreiro
Artigo Discente
Licença Creative Commons Attribution 4.0 International license

Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo: Uma análise crítica quando à sua aplicabilidade na jurisprudência pátria.

Aggravated theft by the use of fire gun: A critical analysis about it's applicability in brazilian Courts.

Leandro Teixeira Porto[1]

Resumo

Inicialmente, o presente trabalho tem por escopo analisar criticamente a aplicação da majorante referente ao emprego de arma de fogo no delito de roubo (art. 157, §2º, inciso I, Código Penal) naqueles casos específicos em que não há a apreensão do referido instrumento ou, quando há, não exista o devido Laudo Pericial que comprove efetivamente a natureza, eficiência e prestabilidade da arma e das suas respectivas munições utilizadas no ato da conduta criminosa, ainda que tal fato esteja corroborado por depoimentos testemunhais ou declarações da vítima. Para tanto, demonstraremos o equívoco interpretativo exarado nas mais diversas jurisprudências dos nossos tribunais, principalmente no que diz respeito ao enunciado do artigo 167 do Código de Processo Penal para, ao final, deixar devidamente esclarecido de que apesar de não haver hierarquia entre as provas, há por outro lado uma regra que se achou por bem denominar de "especificidade de provas" no âmbito do processo penal contemporâneo. Também é proposto neste trabalho um controle de constitucionalidade sobre determinada interpretação que recai sobre o mencionado artigo do Código de Processo Penal.
Palavras-chave: Crime de Roubo. Arma de Fogo. Apreensão.

Abstract

Initially, this paper aims to critically analyze the application of the aggravating relating to firearm use in crime of theft (art. 157, paragraph 2, section I, CP) in those specific cases where there is no seizure of the instrument or when there is, there is no expert report concerning the nature and weapon efficiency and their ammunition used in the act of criminal conduct, even if that fact is confirmed by witnesses or victims. Therefore, we will show the mistake in various precedents of the courts, especially with regard to the wording of Article 167 of the Criminal Procedure Code to finally clarify that although there is no hierarchy between the evidence, there is, on the other hand, a rule that has been dubbed "specificity of evidence" in the context of contemporary criminal proceedings. Also proposed in this work is a constitutionality control over a certain interpretation that falls on the aforementioned article of the Criminal Procedure Code.
Keywords: Crime Theft. Fire gun. Seizure.

Artigo recebido em 20 de Outubro de 2016 e aprovado em 21 de Agosto de 2017.
[1] Advogado. Mestrando em Direito Penal pela PUC Minas. E-mail: lt.porto@hotmail.com.

Introdução

Considerando as orientações jurisprudenciais da Primeira e Segunda Turmas do Supremo Tribunal Federal e da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, constataremos que a aplicação da causa de aumento de pena em razão do emprego de arma de fogo no delito de roubo (art. 157, §2º, inciso I, do Código Penal) é praticamente pacífica naqueles casos em que não há perícia ou apreensão do referido instrumento. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a situação é ainda mais preocupante, vez que as Câmaras Criminais do nosso Tribunal Mineiro são uníssonas em aceitar a referida majorante sem que haja um Laudo Pericial que comprove, efetivamente, a potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida. O *decisum* se fundamenta no argumento de que inexiste hierarquia entre as provas, de sorte que a palavra da vítima somada às eventuais provas testemunhais são capazes de, *per si*, suprir a falta do laudo, podendo, inclusive, aplicá-la sem a apreensão do instrumento bélico, o que, a nosso ver, não é o bastante para sustentar tal majoração da pena pelas razões que serão expostas no decorrer do trabalho.

Corroborando nosso raciocínio, Bitencourt (2014) e Greco (2010) rechaçam tais aplicações quando não há a comprovação da potencialidade lesiva da arma. Sem adentrarem efetivamente ao caso em questão, autores processualistas como Lopes Jr. (2014) e Távora (2014) advogam a tese de que o laudo pericial pode ser suprido por outros meios de provas, como as testemunhais, por exemplo. No entanto, Loftus (1997) nos chama a atenção para o perigo existente na complexidade inserida na questão da prova testemunhal e dos reconhecimentos, pois, em ambos os casos, tudo gira em torno da memória ou pelo menos da falta dela.

Nucci (2014) ainda assevera sobre impossibilidade de formação do corpo de delito indireto em determinados crimes que demandam perícias mais complexas, aquelas que exigem um conhecimento técnico mais aprofundado no sentido de que nesses casos não se pode considerar formada a materialidade delitiva pela simples inquirição de testemunhas. É o caso, por exemplo, de perícia feita em arma de fogo ou documento falsificado. Daí Pacelli (2014) preleciona no sentido de não existir hierarquia entre as provas, mas *especificidade de provas*, já que a materialidade de certas infrações penais só pode ser comprovada através de meio suficientemente idôneo, pois estabelecem critérios específicos quanto ao grau de certeza e convencimento do julgador.

Em suma, por essas e outras razões é que sustentamos a ideia de que para a aplicação da majorante em razão do emprego de arma de fogo no delito de roubo, deve haver uma demonstração hábil de que o instrumento utilizado pelo autor era capaz de ofender a integridade física da pessoa sobre a qual recaiu a conduta delituosa. Se não houver, também não se pode falar em caracterização da referida causa de aumento de pena.

Pois bem, visando lograr êxito no nosso intento inicial, e sabendo de antemão que quase todas as jurisprudências utilizadas por nós carregam uma carga imensa de atecnias, situação outra não nos resta a não ser retomarmos alguns conceitos básicos atinentes ao crime de roubo, haja vista tratar-se de suma importância para a real compreensão do presente trabalho. Assim, pedimos *vênia* ao leitor para uma breve recapitulação sobre o tema.

1 Do roubo e sua adequação típica (art. 157, *caput*, CP)

Sem dúvida, incontroverso é o fato de que o roubo é um *delito complexo* (pluriofensivo), vez que ataca dois bens juridicamente relevantes que, isoladamente, constituem delitos autônomos no âmbito do Direito Penal. Tutela-se, com efeito, o patrimônio e a liberdade de autodeterminação da vítima.

Nesse viés, o crime descrito no artigo 157, *caput*, do Código Penal brasileiro se perfaz objetivamente quando um sujeito imputável pratica a conduta nuclear do verbo, isto é, subtrai coisa alheia móvel, para si ou para outrem, (a) mediante *grave ameaça* ou (b) *violência à pessoa*, ou depois de havê-la, (c) *por qualquer meio*, reduzido à impossibilidade de resistência de vítima, sendo certo de que este último *meio* utilizado pelo agente esteja assemelhado às duas primeiras hipóteses, mas que por elas não estejam abrangidas. Entretanto, neste particular, nos limitaremos apenas em dissertar sobre o item "a".

A grave ameaça é entendida como aquela violência psicológica em que o agente atua sem interferir direta e imediatamente no corpo da vítima por intermédio de qualquer força física a sua pessoa, é, pois, a *vis compulsiva*. Aqui, o agente vicia a vontade da vítima, impossibilitando-a de oferecer qualquer tipo de resistência, vez que essa situação deixa a vítima em um estado de maior vulnerabilidade, dada as circunstâncias que lhe acometem, minando completamente a sua capacidade de autodeterminação e resistência.

No magistério de Bitencourt (2014, p. 103), o autor assevera que a grave ameaça possui o objetivo de criar no ofendido um relevante temor de iminente e grave mal, seja ele físico ou moral, pouco importando a quem seja destinatário. O mal pretendido pelo agente poderá ser direcionado tanto à própria vítima, quanto às pessoas que lhe sejam importantes. Afirma ainda que "[...] é irrelevante a justiça ou injustiça do mal ameaçado, na medida em que, utilizada para a prática de crime, torna-a também antijurídica. [...]".

E segue dizendo que o crime de roubo quando praticado mediante grave ameaça "[...] constitui forma típica da violência moral; é a vis compulsiva, que exerce força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer do ofendido, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima [...]". (BITENCOURT, 2014, p. 103).

Ademais, urge ressaltar que a grave ameaça empregada deve ser idônea ao fim colimado pelo agente, na medida em que a vítima deve sentir-se deveras amedrontada pela ação do sujeito ativo a ponto de se subjugar à pretensão criminosa exteriorizada pelo agente.

Chamamos a atenção do leitor para esta modalidade de consecução do roubo. A grave ameaça, ilustre desconhecida dos nossos tribunais, é um dos pontos nevrálgicos que explica o erro e a atecnia dos referidos órgãos do judiciário.

Retomando: Greco (2010, p. 55-56) afirma que a grave ameaça possui um viés subjetivo quanto ao sujeito passivo, de sorte que tal conduta deve ser avaliada sob o aspecto e nível cultural da vítima. Vejamos:

> A ameaça deve ser verossímil, vale dizer, o mal proposto pelo agente, para fins de subtração dos bens da vítima, deve ser crível, razoável, capaz de infundir temor. Dizer à vítima para entregar seus bens, pois, caso contrário, rogará aos céus que caia um raio na sua cabeça, não se configura ameaça, mas uma encenação ridícula. Por outro lado, há pessoas que são extremamente sensíveis, principalmente quando envolvidas com o sobrenatural. Portanto, pode ser considerada como ameaça o fato de dizer à vítima que fará uma feitiçaria, uma magia negra a fim de causar-lhe a morte, subjugando-a, com isso, para fins de subtração de seus bens.

De igual modo, Bitencourt (2014) também afirma que a *vis compulsiva* realmente possui um caráter subjetivo. Todavia, assevera que tal ameaça deve ser aferida não só quanto ao nível cultural, mas em relação à idade, sexo, condição social e estado de saúde de ambos os sujeitos (ativo e passivo), sob pena de haver, igualmente, atipicidade material da conduta.

Passamos agora à análise da causa de aumento de pena em razão de outra circunstância que agrega o tipo penal. O emprego de arma no crime de roubo.

2 Do roubo majorado pelo emprego de arma (art. 157, §2º, i, CP)

Segundo determina o parágrafo segundo, inciso I, do artigo 157 do Código Penal, caso a violência à pessoa ou a grave ameaça seja exercida com o emprego de *arma*, a pena deve ser aumentada de um terço até metade. Trata-se de uma *circunstância* agregada ao tipo penal que, se comprovada, autoriza o magistrado a elevar de maneira substancial eventual reprimenda penal a ser aplicada ao sujeito ativo do delito.

Mas, para o legislador penal, que seria entendido por arma? Bem, o legislador penal não cuidou de definir a acepção do vocábulo *arma*, razão pela qual a doutrina em geral se encarregou de atribuir um significado àquele termo, reconhecendo a existência de duas espécies de armas: *próprias* e *impróprias*. As primeiras são compreendidas como todo e qualquer instrumento utilizado precipuamente para ataque e defesa como, por exemplo, as armas de fogo (revólveres, escopetas, rifles etc.) e explosivos (minas terrestres, granadas etc.). As armas impróprias, de outra banda, são todos aqueles instrumentos que não se prestam para o ataque ou defesa, mas ainda assim carregam em si uma potencialidade lesiva capaz de gerar dano efetivo à incolumidade física de outrem como a faca de cozinha, garrafa de vidro quebrada, cassetete, barra de ferro etc.

A bem da verdade, neste último caso, o sujeito ativo desvirtua a finalidade de tais objetos para aumentar seu poderio intimidatório, anulando ou minando a capacidade de resistência da vítima com o fito na subtração da coisa alheia móvel.

Com efeito, para delimitarmos a área de discussão no presente trabalho, terá a pena aumentada o agente que, valendo-se de uma arma de fogo, por exemplo, subtrai para si ou para outrem coisa alheia móvel mediante violência, grave ameaça ou outro meio que reduz a capacidade de resistência da vítima.

Dito isso, para não ficar tão enfadonha a nossa exposição de ideias, como acabara de ser dito, a análise crítica do presente trabalho recai sobre aqueles casos em que o agente subtrai coisa alheia móvel com o emprego efetivo de ***arma de fogo***, compreendida aqui como aquele instrumento que "[...] arremessa projéteis empregando força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar

continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil [...]", nos exatos termos do artigo 3º, inciso XIII, do Regulamento 105 do Exército Brasileiro.

Fora dos termos supracitados, caso a arma, por defeito mecânico ou por estar desmuniciada, não tiver a capacidade de arremessar projéteis, entendemos que o instrumento não deve ser considerado como arma de fogo capaz de provocar *lesões perfurocontundentes* e, via de consequência, não pode fundamentar uma possível causa de aumento de pena, pois neste caso faltaria **potencialidade lesiva** no artefato supostamente utilizado (*ratio essendi*).

3 A prova da materialidade delitiva segundo as jurisprudências dos tribunais

Muito embora seja o Direito Penal um ramo do Direito Público de natureza autônoma, tem-se que o mesmo não possui auto aplicabilidade quanto às suas normas materiais, isso porque, depois do pacto social firmado entre Estado e indivíduos, a *vindicta privada* foi banida do nosso ordenamento jurídico, de sorte que a tutela dos bens jurídicos e a resolução de eventuais conflitos desta natureza passaram a fazer parte da atividade jurisdicional do Estado, pois este passou a deter permanentemente o monopólio da justiça com o fito na pacificação social.

Sem dúvida, "[...] o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições de harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária [...]". (NORONHA, 1966, p. 3). Nestes termos, à vista de eventual violação de um bem juridicamente protegido pelo Direito Penal, cabe ao Estado chamar para si a responsabilidade constitucional de apurar tal fato visando à proteção da comunidade e do próprio réu (tutela jurisdicional). Entretanto, para que haja o cumprimento desta dupla finalidade, temos que tal poder não pode ser irrestrito, tampouco ilimitado. Isso porque, segundo Lopes Júnior (2015), o princípio da necessidade do processo penal em relação à pena, agrega ao delito, pena e processo, uma relação de íntima complementariedade.

Pelos postulados do princípio *nulla poena sine iudicio*, podemos extrair um caráter instrumentalista do processo penal, posto que este *é o caminho necessário para a pena*, caminho este sem o qual não há como atribuir ao acusado a consequência do crime (pena). Significa dizer que é o processo penal que realiza e dá existência ao direito penal material.

Pois bem, por exercer com exclusividade a atividade jurisdicional do Estado,

determina a Constituição que caberá somente aos juízes e tribunais competentes declarar o delito e impor a pena proporcional aplicável sob a égide de um processo penal válido que resguarde todos os direitos e garantias constitucionalmente asseguradas ao acusado.

No entanto, tratando-se do tema que está sendo objeto do presente trabalho, a última parte do parágrafo anterior não vem sendo rigorosamente cumprida. Isso porque, segundo os nossos Tribunais, para a incidência da majorante em comento, muito embora a apreensão e perícia da arma de fogo seja prescindível, é pacífico o entendimento de que deve haver a necessidade de demonstração acerca da utilização e comprovação de que tal instrumento seja realmente uma arma de fogo. A controvérsia, porém, surge quanto aos meios utilizados para essa comprovação. Para as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), esta demonstração pode ser evidenciada por outros meios de prova que não a perícia, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelos depoimentos de eventuais testemunhas.

Em que pese os nossos Ministros não tenham feito menção expressa ao artigo 167 do Código de Processo Penal, é notória a sua aplicação em tais acórdãos, pois aquele dispositivo afirma que *não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta*.

Entretanto, conforme visto alhures, nos posicionamos em sentido diametralmente oposto. De nossa parte, cremos ser imprescindível a apreensão e perícia da arma de fogo utilizada no ato da conduta delituosa. A razão é óbvia: necessita-se de uma comprovação idônea de que o instrumento utilizado pelo agente, no ato da conduta delituosa, trata(va)-se de arma de fogo. Se o for, guarda(va) o referido artefato potencialidade lesiva suficiente para ofender a incolumidade corpórea do sujeito passivo?

Bem, a resposta referente a esta indagação se dará através de um exame de corpo de delito feito, em regra, por perito oficial, portador de diploma de curso superior, denotando, pois, uma capacidade técnica e intelectual para tal análise e não por meio de depoimentos testemunhais ou declaração da vítima.

3.1 Do equívoco jurisprudencial: quando a aplicação do Direito deixa de ser técnica para adentrar o campo do senso comum

De acordo com o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o fundamento da

referida causa de aumento de pena está justamente na *intimidação* sofrida pela vítima, razão pela qual se torna totalmente desnecessária a sua perícia já que evidenciada por outros meios. Vejamos:

> [...] Não existindo hierarquia entre as provas do processo penal, pode o uso da arma ser atestado pela palavra da vítima, sendo a intimidação satisfatória para caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, §2º, I, do CP. – Bem analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, pode a pena base superar o mínimo legal [...]. (Minas Gerais. Tribunal de Justiça. AC 1.0518.05.084765-7/001. Relator Des. Ediwal José de Morais. Belo Horizonte. 10 mai., 2010).

No mesmo sentido, excluindo a análise acerca da afirmação de que inexiste hierarquia entre as provas – que será discutida mais adiante (item 3.2) – Hungria (1980) de há muito já afirmava ser irrelevante a constatação da potencialidade lesiva do instrumento utilizando, de sorte que a ameaça feita por intermédio de uma arma descarregada ou mesmo uma réplica de arma de fogo não deixava de constituir a majorante, desde que a vítima ignorasse tal circunstância, pois a razão daquela previsão legal era justamente a *intimidação* da vítima que teve a sua resistência anulada pela atuação do seu algoz.

Entretanto, ousamos dissentir desse entendimento, haja vista que admitir tal interpretação é incorrer em grave equívoco epistêmico. Assim, importante dizer que para a caracterização da majorante em comento, o agente deve lançar mão de instrumento suficientemente idôneo, capaz de gerar dano físico à pessoa sobre a qual recaiu a violência ou grave ameaça. Trata-se, pois, de constatação efetiva da potencialidade lesiva do artefato utilizado, característica essa sem a qual não se pode falar em aplicação da causa de aumento de pena pelo emprego de arma.

Bitencourt (2014), a nosso ver com acerto, prelecionada no sentido de que o fundamento dessa majorante reside não na *intimidação* da vítima como afirmava Hungria, mas exatamente na maior *probabilidade de dano* que o emprego de arma (revólver, faca, punhal etc.) representa.

Amparado no magistério de Nelson Hungria, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 174 com o seguinte verbete: "No crime de roubo, a intimidação feita com a arma de brinquedo autoriza o aumento da pena". Por confundir brinquedo com arma e, sobretudo, por violar o princípio da legalidade, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça deliberou pelo cancelamento da referida súmula, conforme julgamento do REsp 213.054/SP em 24 de outubro de 2001.

Não obstante o cancelamento da Súmula nº 174, os tribunais deixaram de aplicar

a referida majorante quando o roubo era cometido por intermédio de simulacro de arma de fogo, mas ainda insistem na aplicação da mesma majorante quando a suposta arma utilizada não é apreendida e tampouco periciada.

Ora, como pode o Tribunal sustentar a afirmação que causa de aumento de pena se fundamenta pela intimidação mesmo muito depois do cancelamento da referida súmula? Sem dúvida, com todo respeito que guardamos aos Ministros dos nossos Tribunais, constatamos uma verdadeira incongruência de raciocínios; contraditórios, diga-se de passagem.

Como dito anteriormente, não se deve olvidar que o delito de roubo é praticado por meio da violência física (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*), de sorte que o mero portar uma arma desmuniciada ou uma réplica de arma de fogo no momento do delito (empregando-a, efetivamente, no ato da conduta) já traz consigo uma potencialidade lesiva ínsita à figura do *caput* do artigo 157, do Código Penal, e não em conjunto com o inciso I do mesmo dispositivo. Neste último caso deve haver, necessariamente, a comprovação de que o objeto utilizado na empreitada criminosa se enquadra perfeitamente no conceito de arma de fogo trazido no Regulamento nº 105 do Exército Brasileiro.

Que fique bem claro: não estamos aqui pretendendo isentar o réu da responsabilidade penal; não se trata de uma manobra com o fito na retirada do acusado das malhas da Justiça. Se se realmente constatar que o acusado, de maneira inequívoca, praticou o delito de roubo na sua modalidade simples, que o infeliz pague pelo que cometeu; mas, na justa medida!

Se assim não o for, qual seria a diferença entre o Estado-Juiz e o delinquente? De nossa parte, entendemos que o juiz estaria utilizando de meios ilícitos – ilícitos, sim! Se não houver o devido respeito às "regras do jogo", o juiz atuaria por meio de uma *vindicta privada*, fortalecendo ainda mais a *teoria retributiva*, travestida de provimento jurisdicional – para punir alguém que também cometeu um ilícito, pois não?

O que esperamos do juiz é que ele exerça sua atividade jurisdicional com um maior grau de imparcialidade (alheiabilidade) possível. É que o rito de cognição feito pelo magistrado deve levar em consideração uma avaliação sóbria e, principalmente, calcada nos elementos que lhe são trazidos nos autos do processo, de sorte que através de um juízo silogístico, a conclusão deve levar em consideração um raciocínio desapaixonado e totalmente desvinculado de qualquer sentimento que não seja o de

justiça garantido pelo princípio da imparcialidade. Tudo visando à proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos (acusado e vítima).

Se tal não for levado a efeito, as consequências que poderão advir de tal prática podem ser das mais variadas formas, como prejuízo no regime inicial de cumprimento de pena ou mesmo um cerceamento de defesa que seria consubstanciada em eventual arguição do fenômeno da prescrição da pretensão punitiva ou mesmo executória, sem mencionar na progressão de regime, o tempo a mais que irá amargar no cárcere etc.

Ademais, tratar-se-ia de verdadeiro *bis in idem* já que a intimidação foi usada tanto para caracterizar a grave ameaça cravada no *caput* do artigo 157, quanto para exasperar a pena do indivíduo; majorante esta prevista no parágrafo segundo do mesmo dispositivo legal.

Sobre a jurisprudência no nosso Supremo Tribunal Federal, concluiremos que para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, §2º, I, do Código Penal, a apreensão da arma de fogo e a sua submissão à perícia também se mostra desnecessária, de sorte que a palavra da vítima e eventuais testemunhas presenciais, segundo os nossos Ministros, podem demonstrar o emprego e a potencialidade lesiva do referido instrumento bélico. Vejamos:

> [...] II – 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. 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 [...].. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus 111959/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. Brasília. 07 de ago.2012).

Com respeito ao nosso Ministro, não concordarmos em nenhum ponto do supracitado trecho jurisprudencial, eis que em se tratando de arma de fogo, a potencialidade lesiva de tal instrumento não integra de maneira alguma a natureza de tal artefato, pois, por defeito mecânico ou mesmo por estar desmuniciada, a arma de fogo não mais se prestará ao seu fim pretendido. Como visto, causar *lesões perfurocontundentes* (FRANÇA, 2014), motivo pelo qual a *razão de ser* da causa de aumento de pena não mais existiria ante a inexistência de potencialidade lesiva. Antes disso, restariam dúvidas, inclusive, sobre a natureza do suposto instrumento utilizado pelo agente. Seria tal uma arma ou um simulacro?

Por tais razões voltamos novamente a afirmar que é imprescindível a apreensão do objeto utilizado pelo agente no ato da conduta delituosa, pois a realização do laudo

pericial demonstrando a natureza (arma de fogo) e potencialidade lesiva, denota o *desvalor da ação*, ao mesmo tempo em que aumenta-se significativamente o êxito na consumação delituosa e a probabilidade de dano físico, demonstrando o *desvalor no resultado*. Tudo isso constitui demonstração hábil da materialidade delitiva, justificando, portanto, a exasperação da pena.

Lado outro, se a arma for imprestável ao seu fim pretendido por qualquer motivo, a *ratio essendi* da causa de aumento de pena se pulveriza ante a inexistência da circunstância modificadora de pena consubstanciada na potencialidade lesiva do instrumento.

Aplicando a lei penal de maneira contrária ao nosso entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, assim como os tribunais citados anteriormente, também aceita a causa de aumento de pena quando a arma de fogo não é apreendida nem periciada, eis que poderá ser evidenciada pela (i) palavra da vítima ou mesmo por (ii) depoimentos testemunhais:

> [...] 5. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, em 13/12/2010, do EREsp 961.863/RS (Rel. originário Min. CELSO LIMONGI, desembargador convocado do TJ/SP, Rel. para acórdão Min. GILSON DIPP, maioria, DJe de 05/04/2011), pacificou o entendimento de que, para a incidência da majorante, prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada a sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima, ou mesmo pelo depoimento de testemunhas [...]. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça - Habeas Corpus 213261/SP – 2011/0163955-1. Relator: Min. Gurgel de Faria. 5ª Turma. Brasília. 12 de nov. 15, grifo nosso).

> [...] É pacífico o entendimento dessa Corte Superior no sentido de que a incidência da majorante referente à utilização de arma prescinde da apreensão e perícia no objeto, quando comprovada sua utilização, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas [...]. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça - Habeas Corpus 194624/RJ – 2011/0008047-3. Relatora: Min. Marilza Maynard. 6ª Turma. Brasília. 15 de abr. 14, grifo nosso).

Sobre o tema, Lopes Júnior (2014, p. 668), em síntese irretocável, assevera que não devemos esquecer que a vítima está contaminada pelo "caso penal", haja vista que dele fez parte. Segundo o autor, "[...] isso acarreta interesses (direitos) nos mais diversos sentidos, tanto para beneficiar o acusado (por medo, por exemplo) como também para prejudicar um inocente (vingança, pelos mais diferentes motivos) [...]".

Por tais motivos é que devemos ter muito cuidado ao valorar as declarações da vítima, pois ela não tem compromisso de dizer a verdade, o que dá azo para que minta

imprudentemente.

Trazendo diretamente para o objeto do presente trabalho, em se tratando de crime de roubo, por ter sido agredida psico e/ou fisicamente, o ofendido age em muitos casos imbuído por um sentimento de vingança. Age, desta forma, como fito na retribuição do mal com o próprio mal, acrescentando dados ou fatos muitas vezes inexistentes no momento da ação delituosa, dizendo, por exemplo, que a subtração e a grave ameaça (ou violência) operou-se por intermédio de uma arma de fogo, quando, na verdade, não havia coisa alguma ou, se havia, não foi capaz de identificá-la, mas, por picardia, mesmo assim afirma que tratava-se de arma.

Advertindo sobre o valor probatório da palavra do ofendido, Tourinho Filho (2009, p. 313-314) preleciona no mesmo sentido acima. Vejamos:

> A vítima do crime, em geral, é quem pode esclarecer, suficientemente, como e de que forma teria ele ocorrido. Foi ela quem sofreu a ação delituosa e, por isso mesmo, estará apta a prestar os necessários esclarecimentos à Justiça.
> Sendo assim, qual seria o valor probatório de suas palavras? *Prima facie*, parecerá que suas declarações devem ser aceitas sem reservas, pois ninguém melhor que a vítima para esclarecer o ocorrido. É de ponderar, entretanto, que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e até mesmo pela emoção, procura narrar os fatos como lhe pareçam convenientes; às vezes, a emoção causada pela cena delituosa é tão intensa que o ofendido, julgando estar narrando com fidelidade, omite ou acrescenta particularidades, desvirtuando os fatos.

Sobre a parte final do supracitado texto, podemos concluir que a vítima pode ainda se deixar trair (in)conscientemente por *falsas memórias,* fazendo crer que possível aparelho telefônico (por exemplo) existente na mão do agente pudesse se tratar de uma arma. Pode-se dizer o mesmo quanto aos simulacros de arma. Nesse particular, não se deve olvidar que a súmula nº 174 do STJ foi cancelada porque confundia brinquedo com arma. Assim, partindo do pressuposto que possível objeto utilizado pelo agente não foi apreendido, além de a vítima também desconhecer a diferença entre uma arma verdadeira de um brinquedo, perguntamos: como afirmar que suposto artefato utilizado pelo agente tratava-se deveras de uma arma de fogo e não de uma arma de brinquedo?

Bem, no primeiro caso, comprovando a sua potencialidade lesiva, aplica-se a majorante. Já no segundo, com base no cancelamento da referida súmula, concluímos ser proibida a majoração da pena pelo magistrado.

Pois bem, como não se pode responder com certeza à referida indagação, restaria uma inexorável dúvida quanto a esta circunstância. Nesses termos, Messias (2001, p.204) preleciona no sentido de que ante um inevitável confronto e indissolúvel controvérsia de larga evidência, a garantia do acusado estará à frente. Diz o autor que

"[...] o direito admite a proclamação do non liquet e o in dúbio pro reo, quando a controvérsia se apresentar incontornável à consciência do julgador, ou o estado de dúvida persistir [...]".

Perfilamo-nos também aos ensinamentos de Noronha (1966, p. 148) no sentido de que o livre convencimento motivado do juiz não deve alijar-se apenas e tão somente na palavra da vítima. Deve haver cautela em tal valoração, pois "[...] só e desacompanhada de quaisquer provas, não será bastante para levar alguém à condenação [...]".

Amparado no magistério de Malatesta, Noronha (MALATESTA, apud NORONHA, 1966, p. 148) ainda afirma que a palavra da vítima deve ser recebida a princípio com reservas, eis que há um natural e quase que inexorável interesse no pleito. O porfio nesse caso é justamente tornar legítima a sua acusação para que esta atinja o acusado de tal monta que este possa desaguar no mar da responsabilidade criminal, sofrendo, assim, todos os efeitos deletérios e dissabores arraigados às masmorras; ao cárcere, melhor dizendo.

Em suma, não estamos aqui dizendo que a declaração da vítima não deve ser levada em consideração. Absolutamente! A palavra da vítima pode e deve ser aceita pelo magistrado, porém com reservas. Pugnamos para que o julgador aprecie tal prova com a devida cautela e não como status de *prova plena* como os nossos tribunais vêm aplicando corriqueiramente na praxe forense.

Pode-se dizer o mesmo quanto às provas testemunhas, pois nos ensina a doutrina (OLIVEIRA, 2014; LOPES JÚNIOR, 2014) que com as restrições técnicas que permeiam a nossa polícia judiciária, a prova testemunhal, por vezes, acaba sendo o meio de prova mais utilizado no processo penal. Além de ser *perigosa, manipulável e pouco confiável*, temos que os cuidados devem ser redobrados quando da colheita da prova testemunhal.

Talvez por não termos uma cultura beligerante – nos referimos a nós brasileiros no geral –, e a falta de contato do cidadão comum com armamentos letais, pensamos que até mesmo em razão do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), é comum que não saibamos de maneira aprofundada sobre as espécies de materiais bélicos como armas de ataque e defesa. Por tal motivo pensamos que não se pode tomar como uma verdade indubitável os depoimentos prestados por testemunhas que presenciaram a prática criminosa no sentido de que suposto artefato utilizado pelo agente fosse

efetivamente uma arma de fogo propriamente dita e, consequentemente, aplicando a referida causa de aumento de pena.

Assim como a vítima, a testemunha também pode mentir acerca dos fatos pelos mais variados motivos (ódio, amor, vingança, compaixão, cólera, inveja etc.), ou mesmo estar sujeita a percepções sensoriais equivocadas sobre o episódio presenciado (falsas memórias).

De fato, como Messias (2001, p. 354) bem pontuou, o testemunho sem falha afigura-se como exceção, pois "[...] o comum e trivial nesta espécie de prova é o erro [...]". Exemplo disso ocorre quando uma mesma testemunha repete, perante o juiz, o relato que fez nos autos do procedimento investigativo. Por vezes é patente a existência de contradições quanto a pontos de extrema relevância, tanto para a acusação, quanto para defesa. Se na Idade Média a confissão era denominada "a rainha das provas", a prova testemunhal era concebida como a "prostituta" delas, justamente pela precariedade desta espécie de prova.

Nos ensina Messias (2001) que a credibilidade dos testemunhos é extremamente relativa quanto às circunstâncias que os formam. Diz o autor que a capacidade de observação ou de memorização do ser humano é o fator determinante na confiabilidade desta espécie de prova. Assim, afirma que o primeiro requisito a ser analisado é o senso de observação da pessoa que servirá como testemunha, pois certas pessoas, de observação mais aguçada, num relancear de olhos conseguem captar um número considerável de detalhes e os guardar de maneira detalhada na memória. Outros, de maneira diversa, ainda que tenham olhado atentamente aos fatos, não saberão responder perguntas sobre detalhes evidentes nos fatos que assistiram.

No brilhante léxico argumentativo do autor, Messias (2001, p. 355) afirma que "[...] alguns têm memória viva, outros têm memória fraca. Algumas guardam fatos com fidelidade, enquanto outras, nem sempre por má-fé, mas por defeito de memória, reproduzem esses fatos de forma infiel [...]".

Nestes termos, sabendo que a memória pode variar em qualidade e intensidade, concluímos que um mesmo fato pode ser relatado por duas ou mais pessoas com circunstâncias completamente diferentes. Tudo girando em torno do senso de observação de cada uma delas, senso este que ainda poderá sofrer influências emocionais do mesmo fato, bloqueando ou impedindo a observação ou a memorização de detalhes relevantes, principalmente quando tratar-se de delito que cause forte

emoção.

Messias (2001) nos brinda exemplificando com um crime de homicídio testemunhado por duas pessoas. Uma com um senso de observação bastante aguçado, mas de frágil controle emocional, e outra com um senso de observação um tanto quanto displicente, porém com forte controle emocional.

Pois bem, no momento do fato, diz o autor que o crime poderá provocar um choque emocional em quem o assiste, e que, ainda que tenha senso de observação mais aguçado, estará bloqueado psiquicamente naquele momento, justamente pela alteração emocional, impossibilitando-o de guardar detalhes relevantes que poderão ser observados por outra testemunha mais resistente a esse choque, ainda que com senso de observação mais displicente.

Imaginemos o exemplo em que duas pessoas, num mesmo plano e sob o mesmo ângulo de visão, observam atentamente um determinado crime de roubo; poderá haver, pelas razões anteriormente explicadas, a memorização de detalhes diversos quando comparadas entre ambos os depoimentos. Uma, por exemplo, poderá ter avistado quando o agressor retira do bolso algo parecido com uma arma de fogo; a outra, de outro modo, poderá ter observado, naquele mesmo instante, que a vítima mostrava o medo estampado no rosto. Quando indagada se esta última viu o agressor sacar uma arma, poderá responder de maneira negativa, e indagada a outra, se viu a vítima demonstrar medo, também poderá responder que não viu.

Ambos os fatos podem ter realmente acontecido e ambas as testemunhas terem dito a verdade. Ocorre que uma pode ter concentrado a sua atenção nos movimentos do autor, enquanto a outra no semblante da vítima.

Messias (2001) afirma que a resposta para tal contradição está na diferença existente nos aparelhos sensoriais das pessoas. Como consequência, levam a observar os fatos de forma diferenciada, fixando a atenção sobre diferentes detalhes, fazendo com que notem aquilo que mais lhes prendem a atenção, deixando de perceber os fatos que não os impressionam, ou que impressionam em menor intensidade, razão pela qual os relatos poderão ser diferenciados.

No entanto, apenas para relembrarmos o que outrora fora dito, não devemos esquecer que para haver a caracterização da majorante pelo emprego de arma de fogo no delito de roubo, o agente deve lançar mão de instrumento suficientemente idôneo, capaz de gerar dano físico à pessoa sobre a qual recaiu a violência ou grave ameaça. A

constatação da potencialidade lesiva da arma é imprescindível, pois o fundamento dessa causa de aumento de pena reside justamente na maior *probabilidade de dano* que o emprego de arma (revólver, faca, punhal etc.) representa. (BITENCOURT, 2014).

Nesses termos, ainda que ambas as testemunhas acima mencionadas dissessem que o agente realmente sacou algo extremamente parecido com uma arma de fogo, perguntamos: somente com um mero olhar se pode concluir pela eficiência e prestabilidade da suposta arma de fogo? Aliás, como provar através de um simples olhar, completamente destreinado, que aquele objeto era efetivamente uma arma de fogo apta a ceifar a vida de alguém e, não apenas um simulacro? Ou, ainda que verdadeira, como concluir que tal arma estivesse municiada? Para além disso, ainda que verdadeira e municiada, como dizer, voltamos a repetir, através de um mero olhar, que tais munições seriam prestáveis aos seus fins destinados? Respondemos: não há! Nem o próprio perito especialista da área com toda a sua habilidade técnica e científica é capaz de responder de maneira positiva à tais indagações através de um mero correr de olhos. Essa é a razão do Laudo Pericial. Busca-se constatar a potencialidade lesiva do instrumento utilizado pelo agente através de métodos técnico-científicos para, enfim, emitirem declaração acerca de tudo "[...] aquilo que tecnicamente é perceptível, como fruto de constatação, resultante de sinais e evidências do fato, com um diagnóstico [...]". (MESSIAS, 2001, p. 313).

Percebe-se, assim, que a falibilidade do testemunho é patente neste caso em específico. A repulsa por tal ou qual delito também pode ser um fator determinante no depoimento de determinada pessoa que tem a sua formação calcada em convicções de ordem religiosa ou moral. O agrado ou desagrado poderá ditar o relato que deve – ou pelo menos deveria – ser prestado de maneira isenta e imparcial pela testemunha. Tudo isso poderá aumentar ou diminuir a carga de responsabilidade ao autor do fato.

Vejamos:

> As emoções também podem conduzir a outros erros de percepção, levando, inversamente ao que antes se disse, a uma sinceridade maior por parte da testemunha. O choque emocional pode também ser o fruto das reações da própria testemunha e pode provocar alguma espécie de reação adversa ao delito, ou pode provocar manifestação de apoio ao ato do agente, e que podem fazer do depoimento um informe parcial ou tendencioso, deixando que um sentimento provoque a distorção entre o fato objetivo e o relato feito pela testemunha. (MESSIAS, 2001. p. 358).

Afora tais hipóteses, a testemunha ainda estará fadada a elevar seus devaneios à realidade subjetiva idealizada no seu mundo hipotético, quer por meras fantasias, quer por induzimento por parte dos policiais quando da inquirição. É dizer que poderá haver o que Loftus (2015) denominou de "falsas memórias", eis que em certos casos (como narrado acima) pode acontecer que a vítima ou testemunha não tenham a certeza de que suposto artefato utilizado pelo agente na prática criminosa tratava-se ou não de uma arma de fogo.

Tal ocorre quando é apresentada uma arma de fogo e logo em seguida indagadas (as testemunhas) se aquilo usado pelo agente se parecia ou não com o instrumento que acabara de ser apresentado. A vítima ou testemunha, quase que instintivamente, querendo corresponder às expectativas de quem pergunta, responde afirmativamente. Tal fato relatado repetidas vezes para diversas pessoas (pais, irmãos, filhos, amigos, vizinhos, etc.) acaba se tornando uma "verdade" para quem conta e para quem recebe a informação, pois o episódio foi narrado com fortes emoções (tendo em vista a natureza do crime), somado ao fato de terem sido levadas a indicar circunstâncias que não se lembravam, ocorrendo, portanto, o que Loftus (2015) denominou de falsas memórias induzidas pela inflação da imaginação, já que o "reconhecimento" foi feito de maneira tendenciosa e fora dos padrões jurídicos (arts. 226, 227 e 228, todos do Código de Processo Penal).

Já em sede de audiência de instrução e julgamento, acaba que a vítima e/ou testemunhas, calcada na falsa memória induzida pela "inflação da imaginação", passam afirmar de maneira estreme de dúvida tudo aquilo narrado aos seus familiares e amigos, tudo porque foram induzidas por policiais, ou não, a preencherem os vazios da sua memória (recordação solicitada; não espontânea).

Eis aqui mais um argumento que vai totalmente contra aos posicionamentos da nossa jurisprudência. Nesse particular, insta ressaltar que a intenção do presente trabalho não é retirar o valor probatório das provas testemunhais, até porque tal seria impossível ante a precariedade do aparelhamento técnico da nossa polícia judiciária. Pelo contrário, o escopo é justamente analisar criticamente a valoração de *prova plena* que é atribuída ao referido meio de prova.

A apreensão da arma de fogo e a confecção de um laudo pericial, no nosso modesto aviso, são de suma importância para a exasperação penal. Não estamos querendo voltar à tão odiosa Idade Média, em que vigia a regra da hierarquia entre as

provas. Nos referimos apenas a um tipo de *especificidade de provas*, já que a materialidade de certas infrações penais (como a majoração pelo emprego de arma, por exemplo) só podem ser comprovadas através de meio suficientemente idôneo, pois estabelecem critérios específicos quanto ao grau de certeza e convencimento do julgador. Vejamos na sequência:

3.2 Hierarquia vs Especificidade de Provas

De acordo com a sistemática do nosso atual Código de Processo Penal, para que determinado *elemento de convicção* (ou de *informação*) ganhe status de *prova*, aquele deve ser repetido na fase processual com a observância de todas as regras e princípios ínsitos ao devido processo. Isso porque o termo *prova* pressupõe a observância do procedimento em contraditório (real ou diferido), em regra, construído em sede processual.

Prova pericial é prova técnica. Távora (2014) explica que o exame pericial é aquele procedido por pessoa que tenha conhecimentos técnicos, científicos ou domínio específico em determinada área do conhecimento. Aliás, como bem apontado pelo autor, de fato o juiz não é dotado de profundo conhecimento sobre todas as áreas do saber, essa é a razão dos expertos de determinadas áreas.

Os peritos são sujeitos que auxiliam o magistrado na consecução da função jurisdicional do Estado. Busca-se a aplicação correta da lei penal. O objetivo é se afastar o máximo possível do senso comum, rumo ao campo da técnica, buscando evitar, por conseguinte, os chamados *erros judiciários*.

Nesses termos, para a configuração de determinadas circunstâncias que agregam a conduta tipicamente delituosa, o magistrado deve lançar mão de meios próprios; meios idôneos, isto é, capazes de atestar efetivamente a ocorrência do crime com todas as suas circunstâncias, demonstrando cabalmente a materialidade delitiva; e a prova pericial é um desses *meios*.

Corpo de delito, de outro modo, nada mais é do que aquele conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal. São, na verdade, todos os elementos sensíveis que demonstram a materialidade delitiva. É todo aquele material que pode ser examinado através dos sentidos com o fito no deslinde da causa. A exemplo disso temos o corpo sem vida da vítima, as cápsulas percutidas e deflagradas deixadas no local do crime ou mesmo, como objeto do presente trabalho, a própria arma de fogo utilizada na empreitada criminosa.

Com efeito, caso exista vestígios acerca da infração penal, por imperativo legal, torna-se, indispensável à realização do exame de corpo de delito direto ou indireto, sendo certo de que nem a própria confissão do acusado poderá suprir-lhe a falta (art. 158, Código de Processo Penal), tanto é verdade que será caso de nulidade absoluta a falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios (art. 564, III, "b", c/c artigo 572, ambos do CPP).

Surge então a regra que Oliveira (2014) denominou de *especificidade de provas*. É que as provas exercem, sobretudo no processo penal, a função de reconstruir (como se fosse possível) a realidade histórica dos fatos com o fito na formação do livre convencimento do julgador, já que o próprio legislador deixou patente a exigência de meios de prova específicos para a constatação de determinados fatos (vide artigos 158, 159, 175, 564, III, "b", CPP, todos do CPP).

Insta ressaltar que tal exigência está atrelada, e assim justificada, à proteção de valores reconhecidos pela atual ordem normativa. Nos ensina o referido autor que "[...] as restrições podem ocorrer tanto em relação ao meio da obtenção da prova, no ponto em que esse (meio) implicaria a violação de direitos e garantias, quanto em referência ao grau de convencimento resultante do meio de prova utilizado [...]". (OLIVEIRA, 2014, p. 342).

Sobre os meios de obtenção de prova, disciplina o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Tal norma foi, inclusive, reproduzida no artigo 157 do CPP. No que tange ao grau de convencimento do juiz, o artigo 155, do mesmo diploma legal, dá provas da referida restrição, já que o magistrado não pode fundamentar a sua decisão exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação.

Também não se deve olvidar o disposto no artigo 564, III, "b", do CPP, pois também fortalece a regra da especificidade de provas em relação ao exame de corpo de delito.

Nesses termos, disserta Pacelli (2014) que todas essas restrições ou especificidades prestam-se como verdadeiras garantias do acusado, haja vista que estabelecem critérios específicos quanto ao grau de convencimento e de certeza a ser obtido em relação a determinadas infrações penais, limitando, desta forma, o poder discricionário do julgador.

No ponto, trilhamos a linha de raciocínio de Pacelli (2014) e logo pensamos ser, de fato, insensata a rejeição de tais restrições sob o argumento de estar incompatível com o sistema do livre convencimento motivado. Isso porque, além do próprio artigo 155 do CPP limitar a discricionariedade do juiz, a persuasão do magistrado deve ser racional. Significa dizer que a livre apreciação da prova penal a que se refere àquele sistema, deve estar pautada em critérios de valoração específicos e condizentes com o *thema probandum*. Em se tratando de matéria complexa, nada mais prudente do que o juiz se precaver e exigir uma perícia para demonstrar/comprovar determinada materialidade delitiva que demande um pouco mais de cuidado.

Parece-nos pouco cuidadoso inferir, através de um simples olhar, que determinado documento foi objeto de falsificação ou adulteração sem que antes um perito *expert* da área comprove de maneira inequívoca que tal documento fora objeto, ou não, do crime de falsificação documental, ou mesmo que determinada assinatura partiu de tal ou qual punho escritor.

De igual modo, pode-se dizer o mesmo quanto à majorante referente ao emprego de arma de fogo no crime de roubo. Pelas mesmas razões anteriormente explicadas, não pode o magistrado concluir, através de um critério extremamente subjetivo da testemunha (ou mesmo pela palavra da vítima), que suposto artefato utilizado pelo agente tratava-se ou não de arma de fogo capaz de arremessar projéteis. A potencialidade lesiva e, consequentemente, a probabilidade de dano (*ratio essendi*) é comprovada através de uma perícia levada a efeito para esse fim em específico.

Adverte novamente Pacelli (2014) que a existência de certo grau de especificidade quanto ao meio de prova não implica no reconhecimento de qualquer hierarquia entre elas. Diz-se que na hierarquia há outros pressupostos, pois se funda na prevalência de uma prova sobre a outra naquelas hipóteses em que ambas são perfeitamente admitidas no caso concreto.

Dito isso, não há que se falar em reconhecimento de hierarquia, por exemplo, entre a prova testemunhal e a pericial. O que ocorre é que pela regra da especificidade de provas, e ainda se tratando de matéria puramente técnica, a prova testemunhal pode não ser suficiente para demonstrar de maneira categórica a materialidade delitiva. Pacelli (2014, p. 343) argumenta "[...] que não se nega, contudo, qualquer valor à prova não específica, mas somente não se admite que ela seja a única e bastante para sustentar a ocorrência de um fato ou de uma circunstância deste fato. Nada mais [...]".

De fato, dentro do nosso ordenamento jurídico não existe hierarquia entre as provas como bem evidenciado no item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. É dizer que não haverá prefixação de hierarquia entre as provas. Todas as provas são relativas, pois nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Nem a própria confissão do acusado constitui fatalmente prova plena da sua responsabilidade criminal.

Assim, não estamos afirmando que a prova pericial seja superior à testemunhal ou o contrário. Ocorre que em relação à prova técnica, o legislador cuidou de dar uma maior preocupação à idoneidade da prova, robustecendo, sobremaneira, a sua credibilidade. Tudo, a nosso ver, visando uma dupla finalidade: (i) melhor formação do livre convencimento motivado do julgador; e (ii) evitar os erros judiciários.

A jurisprudência do nosso Tribunal Mineiro é farta em reconhecer a inexistência de hierarquia entre as provas[2]. Também sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, chegou a afirmar que a potencialidade lesiva da arma de fogo, supostamente utilizada pelo agente, poderá ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial a palavra da vítima. Vejamos:

> [...] 2. O ato impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a majorante do emprego de arma de fogo (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 [...]". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus 108225/MG. Relator: Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Brasília. 19 de ago.2014, grifo nosso). Grifo nosso.

Malgrado o supracitado trecho jurisprudencial, entendemos, mui respeitosamente, que o referido Ministro não cuidou de analisar a questão com a devida profundidade. Como vimos, a própria sistemática do vigente Código de Processo Penal nos faz crer na existência da regra de especificidade de provas tal como a restrição cravada no artigo 155 do mencionado diploma legal. O seu parágrafo único, inclusive, determina que quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil, bem como a exigência de perícia naquelas hipóteses em que não houverem desaparecidos os vestígios da prática criminosa (art. 158, CPP). Isso sem mencionar a

[2]Minas Gerais. Tribunal de Justiça. AC 1.0518.05.084765-7/001. Relator Des. Ediwal José de Morais. Belo Horizonte. 10 mai., 2010.

restrição às provas obtidas por meios ilícitos trazida no artigo 157 do CPP, ou aquela prevista no artigo 159, §7º, também do CPP, em que mesmo tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento, o juiz estará autorizado a nomear mais de um perito oficial e a parte indicar mais de um assistente técnico, tudo visando a melhor formação da materialidade delitiva.

Certo é que o juiz é superando quanto ao laudo pericial (art. 182, CPP); quanto a isto não resta dúvida. Mas, seria prudente aplicar, por exemplo, uma causa de aumento de pena em razão do emprego de arma de fogo no delito de roubo com base unicamente em prova testemunhal ou nas declarações da vítima, quando, na verdade, houver prova pericial dando conta da ineficiência do artefato apreendido? Pensamos que não! O problema, como bem apontado por Pacelli (2014), reside justamente no *método (abstrato)* utilizado pela testemunha. Parte-se de um critério extremante subjetivo, pois se fundamenta em mero achismo – em se tratando tema ora debatido.

Em suma, compactuamos com os ensinamentos do referido autor e assim concluímos que o problema não reside na inidoneidade da prova testemunhal, mas justamente na precariedade de certas provas tendentes a evidenciar a materialidade de certas infrações penais.

Conclusão

Em suma, à vista das questões abordadas, a nosso modesto aviso, restou-se nitidamente evidenciado um grave equívoco epistêmico cometido pelos nossos tribunais em relação à análise da estrutura típica do crime de roubo e, sobretudo, quando da interpretação do enunciado do artigo 167 do Código de Processo Penal.

Seguindo essa linha de raciocínio é que havíamos dito que o rito de cognição feito pelos Juízes, Desembargadores e Ministros, deve ser formado através de uma análise séria, crítica e, sobretudo, técnica, calcada única e exclusivamente nos elementos que lhes são trazidos nos autos do processo. Com efeito, através de um juízo silogístico, a conclusão deve levar em consideração um raciocínio lógico, sóbrio e totalmente desvinculado de qualquer sentimento que não seja o de justiça garantido pelo princípio da imparcialidade, com o fito exclusivamente na proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, aqui entendidos como os da vítima e também do acusado.

Desse modo, em que pese seja toda a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal uniformes sobre

o tema objeto do presente trabalho, o estudo aqui desenvolvido por nós visou apenas traçar uma análise crítica sobre o tema. Não tivemos a intenção de exaurir toda a matéria, mas apenas apontar os erros cometidos por aqueles tribunais.

Assim, por ser um *crime circunstanciado*, que exige para a sua correta aplicação um prévio laudo pericial, o julgador somente deve aplicá-la (majorante) quando existir uma demonstração hábil de que o objeto utilizado pelo agente era suficientemente capaz de ofender a integridade física daquela pessoa sobre a qual recaiu a conduta delituosa. Isso porque, como visto, a *razão de ser* da tal circunstância reside justamente na maior probabilidade de dano e não na intimidação da vítima.

Ademais, por ser a infração *não transeunte* – como quando a arma utilizada é apreendida –, o exame de corpo de delito afigura-se como matéria indispensável, de sorte que nem a própria confissão do acusado pode suprir-lhe a falta (art. 158, CPP), tampouco a declaração da vítima ou mesmo a prova testemunhal, pois, além de acarretar nulidade insanável (art. 564, III, "b", CPP), trata-se de um direito subjetivo do acusado consistente em não ter sua pena exasperada em razão de um fato alegado e não provado pelo órgão que detém o *dominus litis*.

Nesses termos, em que pese todos os argumentos até aqui evidenciados, não houve, até hoje, uma mudança na aplicação da referida causa de aumento de pena por parte dos nossos tribunais. Significa dizer que ainda há a majoração da pena naqueles casos em que a arma de fogo não é apreendida ou, quando é, não seja submetida à pericia.

O que fazer para combater tal prática? Bem, de plano, nos casos em que arma de fogo é apreendida e não é periciada, imaginamos que a medida mais adequada que poderá ser adotada pela defesa seria a arguição de nulidade absoluta, em preliminar de mérito, em eventual recurso de apelação com base nos artigos 593, inciso I, c/c artigo 564, inciso III, alínea "b", ambos do Código de Processo Penal.

Já em relação àqueles casos em que a arma de fogo não é apreendida e, evidentemente, não periciada, pensamos que a situação é mais complicada. Isso porque, como dito anteriormente, a dicção do artigo 167, também do CPP, dá azo para que o julgador se utilize da prova testemunhal para suprir a falta do laudo pericial, haja vista o desaparecimento dos vestígios da prática delituosa. Assim, temos que a melhor tese a ser sustentada pela defesa, dentro da própria estrutura procedimental, seria justamente a não recepção de uma determinada interpretação que vem sendo extraída do mencionado

artigo, via controle de constitucionalidade difuso, isto é, de maneira incidental no caso concreto, com base em todos os argumentos ventilados até aqui.

No entanto, a nosso juízo, tais saídas serviriam apenas como medidas paliativas, haja vista que não resolveriam de uma vez por todas a questão da aplicação da causa de aumento de pena. O efeito seria apenas *inter partes* e, evidentemente, o problema ainda persistiria no nosso judiciário haja vista os milhares de casos que envolvem tais questões. Assim, pensamos na necessidade de se fazer um controle de constitucionalidade concentrado, perante o STF, sobre o artigo 167 do Código de Processo Penal.

Nestes termos, não negamos a credibilidade das provas testemunhais nem das declarações das vítimas, tampouco a validade do artigo 167 do Código de Processo Penal. É que, conforme argumentado alhures, os dois primeiros meios de prova não são capazes de evidenciar de maneira categórica a materialidade delitiva referente à majorante em testilha pelas várias razões já explicadas nos tópicos anteriores.

Noutro giro, sobre o referido dispositivo processual-penal, pensamos que tal não deve ser aplicado no caso em análise justamente pela falibilidade da prova testemunhal e pelo valor relativíssimo que é ínsito às declarações da vítima, razão pela qual propomos uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com o fito no juízo de não recepção de uma determinada interpretação que vem sendo extraída do artigo 167 do Código de Processo Penal.

Tal medida é similar à Declaração de Inconstitucionalidade Parcial sem a redução do texto (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99). No entanto, tendo em vista que aquele dispositivo do CPP é anterior à Constituição, a ADPF(Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) acaba se tornando um controle de constitucionalidade subsidiário e que possui os mesmos efeitos da ADI(Ação Direta de Inconstitucionalidade) parcial sem redução do texto.

Medida semelhante fora adotado pelos nossos Ministros do STF no julgamento da ADPF 54 em que ficou sedimentado o entendimento de que não constitui crime de abordo a interrupção dolosa da gravidez, cujo "produto da concepção" existente no útero da gestante se enquadra no conceito dado pela medicina como anencéfalo. Tudo aparado basicamente no respeito à dignidade da pessoa humana da gestante.

Assim, uma vez verificada a incompatibilidade de uma interpretação extraída de um dispositivo de lei federal (art. 167, CPP) frente à Constituição (art. 5º, inciso XLVI,

CR/88) e à própria sistemática processual penal (especificidade de provas), é perfeitamente possível que o STF declare a não recepção da aplicação da majorante pelo emprego de arma do delito de roubo quando o suposto artefato não é apreendido e evidentemente não periciado. Significa dizer que o dispositivo continuará vigente, mas a referida interpretação será extirpada tendo em vista a sua não recepcionalidade por ferir o princípio da individualização da pena.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cíntia Marques. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. **Paideia**, v.17, n.36, p.45-56, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>. Acesso em: 20 mai.2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Especial 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral 1. 21. ed. São

Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 9. ed. [s.l]:Guanabara Koogan. 2014.

FRANCO, Aberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal –** Parte Especial III. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno C. **Comentários ao Código Penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v.7.

LOFTUS, Elizabeth F. **Criando Falsas Memórias**. CACP – Ministério Apologético. 2003. Disponível em: <www.cacp.org.br/criando-falsas-memorias/>. Acesso em: 16 out. 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processual Penal** – Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da Prova Penal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

MIRABETTE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 13. ed. São Paulo: Atlas. 1997.v.2.

MIRABETTE, Júlio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal.** 25. ed. São Paulo: Atlas. 2011.v.2.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1966.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas. 2014.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.