XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

BENJAMIN XAVIER DE PAULA

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Benjamin Xavier de Paula; José Querino Tavares Neto; Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-862-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Apresentação

O Direito Penal no Brasil é um campo em constante transformação. Seus primeiros passos encontra lugar em um ordenamento jurídico que situa-se entre o local e o global, entre a colônia e a metrópole: Os Códigos ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, dentre os quais, o Código Philippino ou Código Joanino foi o que mais influenciou - para o bem ou para o mal, a nossa tradição jurídica.

Com a Proclamação da Independência do Brasil em 1922 assistimos uma transição da antiga ordem jurídica fundada no Direito Canônico base do estado absolutista, para uma nova ordem jurídica designada de Direito Moderno que tem origem no estado constitucional. Na perspectiva do Direito Penal, o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1940 foram os dois principais instrumentos do nosso ordenamento jurídico, que junto com as demais Leis extravagante, orientaram e orientam o caminho do ensino, da pesquisa, da teoria e da prática jurídica nos últimos 200 anos do Brasil independente - 1822-2022.

Ao longo desses 200 anos de nação, vimos mudar as teorias do direito, e do direito penal, de uma concepção fundada na teoria do crime, baseadas nos instrumentos de controle da conduta das pessoas, e das teorias da pena, baseadas na vingança pública, para uma teoria crítica que questiona os postulados do positivismo jurídico em favor da materialidade de um estado democrático efetivamente de direito.

As instituições de pesquisa jurídica assumiram um papel de protagonismo e sujeito político nesta ordem democrática, e dentre elas, o Conselho Nacional de Pesquisa em Direito - CONPEDI, constitui um dos principais atores deste campo institucional, e seus congressos anuais, são a arena onde boa parte da pesquisa jurídica se desenrola, e assume forma pública de diálogo nacional e internacional. O Direito Penal, Processo e Constituição é uma das principais áreas (GT) que compõem os congressos nacionais e internacionais do CONPEDI.

Esta publicação reúne os artigos acadêmico-científicos apresentados no XXX Congresso Nacional do Conpedi realizado na cidade de em Fortaleza/CE, nos 15, 16 e 17 de novembro de 2023 com o tema geral “Acesso À Justiça, Solução de Litígios e Desenvolvimento” Edital Nº 03/2023.

A presente publicação contempla um total de dezenove artigos. O primeiro é o trabalho de Kennedy da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues “Autoritarismo e Sistema Penal: uma análise de intersecção e consequências”, uma pesquisa que estuda o fenômeno do autoritarismo e sua interação com o sistema penal com vistas a uma reflexão sobre relação entre o direito e o poder.

O segundo trabalho desta publicação é o estudo de Kennedy da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues “Análise Econômica Do Direito Penal: o custo do encarceramento no brasil e os desafios para a redução da criminalidade” analisa o custo do encarceramento no Brasil, sob a perspectiva da análise econômica do direito penal.

O terceiro trabalho desta publicação é o estudo de Dayton Clayton Reis Lima e Josinaldo Leal De Oliveira “Além Das Grades: avanços e dilemas da educação no contexto carcerário brasileiro” explora a relação entre a educação e o sistema carcerário brasileiro

O quarto trabalho desta publicação é o estudo de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, Alexandre Lobato Nunes e Hugo Leonardo Galvão de Carvalho “Acordo De Não Persecução Penal – Anpp: a importância do fator sociojurídico na importação de institutos estrangeiros” que trata do fator sociojurídico como elemento imprescindível para o aprimoramento da lei e da jurisprudência no âmbito do processo criminal no Brasil.

O quinto trabalho desta publicação é o estudo de Ana Carolina Figueiro Longo e Ana Luísa Batista Pereira “A Vida, O Cárcere E A (Des)Ressocialização” análise o aumento da população carcerária no Brasil no período de 1990 a 2021.

O sexto quarto trabalho desta publicação é o estudo de Débora Alécio, Gustavo Noronha de Avila e Daiany Barros de Oliveira “A (In) efetividade das medidas protetivas da Lei Maria da Penha como instrumento de proteção dos direitos da personalidade”, investiga as mulheres que sofreram violência tuteladas pela Lei Maria da Penha.

O sétimo trabalho desta publicação é o estudo de Débora Alécio e Gustavo Noronha de Avila “Eu juro que vi exatamente isso”: distorções da memória no processo penal e a violação da identidade enquanto um Direito da personalidade” analisa as falsas memórias e o direito da personalidade do acusado no Processo Penal.

O oitavo trabalho desta publicação é o estudo de Diego Alves Bezerra, Rodrigo Cavalcanti e José Orlando Ribeiro Rosário “Vedação ao Non Liquet e o Princípio da Reserva Legal:

método de integração normativa como fator criativo de criminalização de condutas por decisões judiciais" trata da vedação ao non liquet, previsto no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O nono trabalho desta publicação é o estudo de Diego Alves Bezerra e Rodrigo Cavalcanti "autonomia da lavagem de dinheiro: prolegômenos hermenêuticos e sua tipificação' investiga o crime de lavagem de dinheiro introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 9.613/98.

O décimo trabalho desta publicação é o estudo de Fernando Augusto Risso, Lucas Paulo Fernandes e Lucas Hernandes Lopes "0 cumprimento imediato da pena no Tribunal do Júri: caminhos sinuosos, alcances e limites da presunção de inocência no STF" trata das as garantias fundamentais do jurisdicionado em face do recurso extraordinário nº 1.235.340 do STF.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de José Roberto da Silva "O parâmetro de controle de constitucionalidade das leis penais segundo o entendimento do SFT" analisa o entendimento do STF a respeito do controle de constitucionalidade das leis penais.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de Mateus Venícius Parente Lopes "Combate à corrupção no futebol: o compliance criminal como instrumento de prevenção de fraudes em apostas esportivas" análise a importância do compliance criminal no enfrentamento das apostas esportivas fraudulentas no futebol.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de Mateus Venícius Parente Lopes e Ênio Stefani Rodrigues Cardoso Cidrão "O informativo 759 do STJ sob a perspectiva do garantismo hiperbólico monocular" investiga o que Douglas Fischer denomina de Garantismo Hiperbólico Monocular e o sistema de proteção dos direitos fundamentais.

O décimo quarto trabalho desta publicação é o estudo de Rayssa Martins Escosteguy e Antonio Rodrigo Machado de Sousa "O pedido de absolvição pela acusação e a (im) possibilidade de condenação penal". analisa a compatibilidade e incompatibilidade do art. 385 do Código de Processo Penal com a Carta Magna de 1988.

O décimo quinto trabalho desta publicação é o estudo de Jussara Schmitt Sandri "O tratamento penal da lesão corporal dolosa de natureza gravíssima" analisa o crime de lesão corporal na Lei 13.142/2015 e na Lei 8.072/1990.

O décimo sexto trabalho desta publicação é o estudo de Thiago Gomes Viana e Luis Alberto Oliveira da Costa “Racismo, "labelling approach" e reconhecimento pessoal: análise da jurisprudência do STF e do STJ” . analisa as decisões do STJ e do STF acerca da obrigatoriedade do cumprimento do art. 226 do Código de Processo Penal (CPP).

O décimo sétimo trabalho desta publicação é o estudo de Sidney Soares Filho , Maria Trinyd Fernandes Parente e Cláudia Aparecida Ribeiro do Nascimento “Sanções Pecuniárias e Desigualdade Socioeconômica: uma necessária análise da execução penal e ressocialização no ceará” que investiga as implicações das sanções pecuniárias na vulnerabilidade socioeconômica dos apenados no sistema penal brasileiro, no Estado do Ceará.

O décimo oitavo trabalho desta publicação é o estudo de Sidney Soares Filho, Maria Trinyd Fernandes Parente e Maria Heloísa Nogueira da Silva Alves “A Inafastabilidade da Pena de Multa: a execução penal de hipossuficientes no tribunal de justiça do estado do ceará (tjce)” examina a abordagem do TJCE em relação à pena de multa e extinção da punibilidade.

O décimo nono trabalho desta publicação é o estudo de Fernando Augusto Risso e Paulo César Corrêa Borges “Crítica ao Entendimento dos Tribunais Superiores: o ônus da prova para aplicação da majorante do emprego de arma de fogo no roubo” que estuda a jurisprudência dos tribunais superiores sobre a majorante do emprego de arma de fogo no roubo.

Na qualidade de coordenadores agradecemos todos/as os/as autores/as em nome do CONPEDI e convidamos todos/as a leitura e estudo dos trabalhos apresentados.

Profº Drº José Querino Tavares Neto - UFG

Profº Drº Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais - Universidade de Itaúna

Profº Drº Benjamin Xavier de Paula - FDUSP; PPGD/UnB

CRÍTICA AO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: O ÔNUS DA PROVA PARA APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO NO ROUBO

CRITIQUE OF THE HIGHER COURTS' INTERPRETATION: THE BURDEN OF PROOF FOR APPLYING THE MAJORATING FACTOR OF FIREARM USE IN ROBBERY

Fernando Augusto Risso [1]
Paulo César Corrêa Borges [2]

Resumo

O artigo analisou a jurisprudência dos tribunais superiores sobre a majorante do emprego de arma de fogo no roubo, a qual fixou que: (1) a perícia não seria necessária para atestar o potencial lesivo da arma, desde que haja outras provas; (2) a perícia careceria de fundamento legal; (3) seria ônus do réu comprovar que a arma não é verdadeira, caso assim alegasse. Para a definição desses três principais fundamentos, realizou-se estudo de caso do habeas corpus n. 96.099/RS (STF) e do embargos de divergência em recurso especial n. 961.863/RS (STJ), julgamentos nos quais os tribunais superiores unificaram o entendimento sobre a majorante do emprego de arma de fogo. Constatou-se, através do método de revisão bibliográfica, que tal entendimento inverte o ônus probatório no processo penal, pois transfere ao réu o encargo de provar que a arma não é verdadeira. Além disso, as medidas de apreensão e perícia extraem fundamento do artigo 158 do CPP, uma vez que se trata de majorante vestigial. Por fim, verificou-se que, na prática, a palavra da vítima e/ou de testemunhas para considerar provada a majorante resulta em rebaixamento inadequado do standard probatório. Como a majorante possui natureza objetiva, a prova oral que apenas ateste a utilização da arma não tem o condão de comprovar que o instrumento é apto a produzir disparos. Por outro lado, se a prova oral demonstrar a efetuação de disparos, restará comprovado o potencial lesivo da arma mesmo que esta não seja apreendida.

Palavras-chave: Arma de fogo, Roubo, Ônus da prova, Standard probatório, Presunção de inocência

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzed the jurisprudence of higher courts regarding the majorating factor of using a firearm in robbery, which established that: (1) expertise would not be necessary to confirm the harmful potential of the weapon, as long as there are other evidences; (2) the

---

[1] Mestrando em Direito na UNESP/FCHS e especialista em Direito e Processo Penal pela Faculdade Legale. Advogado. E-mail: fernando.risso@unesp.br

[2] Doutor em Direito pela UNESP, campus de Franca, Pós-doutor pela Universidade de Sevilla. Professor assistente-doutor de Direito Penal e Criminologia do Departamento de Direito Público da UNESP, e-mail: paulo.cc.borges@unesp.br

expertise would lack legal basis; (3) it would be the defendant's burden to prove that the weapon is not authentic, if claimed as such. For such a definition, a case study was conducted on habeas corpus no. 96099/RS (STF) and on the dissenting opinions in special appeal no. 961863/RS (STJ), in which the courts unified their understanding. It was observed, through bibliographic review, that such understanding reverses the burden of proof in criminal proceedings, as it shifts the burden to the defendant to prove that the weapon is not authentic. Furthermore, the expertise is based on article 158 of the CPP, since it concerns a vestigial majorating factor. Finally, it was noted that relying solely on the victim's and/or witnesses' testimony to establish the majorating factor leads to an inappropriate lowering of the evidentiary standard. As the majorating factor holds an objective nature, oral evidence that attests to the use of the weapon is not sufficient to prove that the instrument is capable of firing shots. On the other hand, if the oral evidence demonstrates the firing of shots, the harmful potential of the weapon will be proven.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Firearm, Robbery, Burden of proof, Evidentiary standard, Presumption of innocence

INTRODUÇÃO

O crime de roubo prevê como majorante o emprego efetivo de arma de fogo durante a prática criminosa. Trata-se de causa de aumento de pena justificável pela maior gravidade, diante da potencialidade lesiva, e reprovabilidade da conduta que causa maior risco aos bens jurídicos protegidos pelo tipo penal.

A doutrina atual, com fundamento no princípio da ofensividade do direito penal, compreende que a majorante possui natureza objetiva, isto é, está fundada no potencial lesivo da arma apta a produzir disparos. Essa concepção se contrapõe ao critério subjetivo, que tem como fundamento o maior poder intimidatório que a arma é capaz de causar à vítima.

Os tribunais superiores, porém, possuem entendimento que parece se coadunar com o critério subjetivo e, ainda, que inverte a lógica probatória de um processo penal guiado pelo princípio constitucional da presunção de inocência. Isso porque, em síntese, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça compreendem: (1) que a perícia da arma não é necessária para atestar a sua capacidade lesiva e que esta medida careceria de fundamento legal; (2) que a lesividade pode ser atestada por outras provas, como o depoimento da vítima e de testemunhas; e, por fim, (3) que, caso o réu sustente que a arma não era capaz de produzir disparos, o ônus de provar essa alegação seria dele.

Esses três principais fundamentos são extraídos do *habeas corpus* n. 96.099/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, e do embargos de divergência em recurso especial n. 961.863/RS, do Superior Tribunal de Justiça. Esses casos foram escolhidos para serem estudados neste artigo, pois por meio dessas decisões, os tribunais superiores buscaram unificar o entendimento e eliminar a controvérsia sobre a necessidade (ou não) da perícia para comprovação da majorante em exame, que até então imperava nos tribunais.

A aplicação deste entendimento autoriza a incidência da majorante em casos onde a arma não foi periciada e cuja prova de sua utilização no roubo costuma ser a palavra da vítima ou de testemunhas, a despeito da negativa do acusado. O problema é que, embora expressem a utilização do instrumento, esses depoimentos não possuem necessariamente o condão de atestar o seu potencial lesivo, pois não afastam completamente as hipóteses de que a arma seja inapta a disparos, seja de brinquedo ou esteja com defeitos, o que impediria a incidência da majorante.

O presente trabalho, então, tem como objetivo questionar o atual entendimento dos tribunais superiores sobre a majorante do emprego de arma de fogo. Para isso, serão analisados, por meio do método de revisão bibliográfica, (1) de quem é o ônus probatório no processo penal brasileiro, a fim de verificar se o réu deve provar aquilo que alega; (2) se há fundamento legal

para se exigir a apreensão e a perícia da arma, considerando a natureza vestigial da majorante em questão e o artigo 158 do CPP; e, por fim, (3) quando é possível considerar como provada a majorante, considerando a natureza vestigial e o conceito de *standard* probatório, além de verificar se a prova oral, advinda de depoimentos da vítima e/ou de testemunhas, é capaz, por si só, de comprovar o potencial lesivo da arma.

1. O FUNDAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO NO ROUBO

O crime de roubo, previsto no artigo 157 do Código Penal, se caracteriza com a subtração de coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. Trata-se de delito complexo, cuja tipificação visa proteger não só o bem jurídico patrimônio, mas também a vida, a integridade física e a liberdade pessoal da vítima.

O delito prevê diversas causas de aumento de pena relacionadas a hipóteses fáticas de maior reprovabilidade da conduta do agente. Dentre elas, destaca-se o parágrafo 2º-A, inciso I, inserido pela Lei nº 13.654, de 2018, que dispõe que a pena será aumentada de 2/3 se a violência ou ameaça forem praticadas pelo autor com emprego de arma de fogo. Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 141) sustenta que, de acordo com o vocábulo "exercer" previsto no tipo penal, a majorante estará configurada quando a grave ameaça ou a violência forem de fato praticadas através do emprego efetivo, concreto e real da arma de fogo. Não basta, portanto, que o agente esteja meramente portando a arma. Ele deve utilizá-la efetivamente com o objetivo de subtrair o patrimônio alheio.

Antes da inovação trazida pela Lei 13.654 de 2018, o Código Penal de 1940 previa originariamente no parágrafo 2º, inciso I, do artigo 157, a causa de aumento de pena de 1/3 até metade se a violência ou a ameaça fossem exercidas com emprego de arma. O termo "arma", até então, era interpretado como todo "instrumento utilizado para defesa ou ataque" (Nucci, 2016, p. 741), abrangendo, dessa forma, não só as armas de fogo, mas todos aqueles objetos utilizados durante o roubo capazes de criar maior risco à vítima. E por muito tempo a doutrina penalista discutiu se o fundamento dessa majorante teria natureza objetiva ou subjetiva. Mesmo que a majorante atual demande que a arma empregada seja de fogo, a discussão é pertinente ao propósito do artigo de analisar a jurisprudência dos tribunais superiores.

O critério subjetivo fundamenta-se na força intimidatória que a arma de fogo causa à vítima durante a execução do crime patrimonial (Bitencourt, 2021, p. 131). Neste parâmetro,

pouco importa se a arma de fogo possui capacidade lesiva, isto é, se é apta a produzir disparos. Mesmo que ela esteja desmuniciada ou apresentando defeitos, ainda assim o instrumento é capaz de intimidar e causar temor à vítima, motivos pelos quais estaria justificada a aplicação da majorante. Nelson Hungria defendia o critério subjetivo, pois o poder intimidatório da arma seria suficiente para anular a capacidade de resistência da vítima: "a ameaça com uma arma ineficiente (ex: revólver descarregado) ou fingida (ex.: um isqueiro com feitio de revólver), mas ignorando o agente tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a *ratio* desta é a intimidação da vítima" (1955, p. 55).

Já o critério objetivo se justifica pelo maior potencial lesivo que a arma de fogo pode causar aos bens jurídicos tutelados pela norma penal (Bitencourt, 2021, p. 130). Uma arma verdadeira, capaz de disparar projéteis, é instrumento mais apto a ceifar a vida ou atingir a integridade física da vítima do que outros objetos que não possuem poder de fogo. A doutrina atual filia-se ao critério objetivo. Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 130) esclarece que o fundamento da causa de aumento de pena deve residir "na maior potencialidade lesiva e no maior perigo que a arma verdadeira produz, e não na maior intimidação sentida pela vítima". Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 1021) defende que o critério objetivo é mais adequado para um direito penal sob a égide da Constituição de 1988, porque o que deve interessar para a configuração da majorante é o maior perigo proporcionado à vítima e este risco somente é derivado da utilização de arma de fogo.

De fato, o critério objetivo é mais adequado a um direito penal regido pelo princípio constitucional da ofensividade, segundo o qual este ramo do direito, atuando como *ultima ratio*, deveria cuidar das condutas realmente graves direcionadas aos bens jurídicos mais importantes, proibindo "a incriminação de condutas desviadas, que não violam bens jurídicos" (Borges, 2005, p. 144). O princípio serve de orientação ao legislador para que defina como crime apenas as condutas que causem perigo concreto ou dano aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, mas também é direcionado ao juiz que, no caso concreto, precisa identificar se tais resultados - dano ou perigo - de fato ocorreram (Bitencourt, 2019, p. 67). Portanto, se determinada ação não possui o condão de lesionar ou colocar em perigo concreto, ainda que minimamente, os bens jurídicos protegidos pela norma penal, essa conduta, segundo o princípio da ofensividade, não merece a atenção do direito penal. Com base neste raciocínio, a maior reprimenda derivada do emprego de arma de fogo somente é justificada pelo maior risco que essa ação é capaz de causar à vítima do roubo. E este risco é comprovado pela potencialidade lesiva do armamento apto a realizar disparos.

Entender o contrário significa conceber que armas defeituosas, inaptas, de brinquedo ou desmuniciadas, isto é, sem capacidade lesiva, justificassem o aumento de pena porque causaram maior intimidação à vítima. E isso se traduziria em uma opção tácita pela corrente subjetiva. A intimidação, o medo e o receio são sentimentos naturais das ações que caracterizam a violência ou a grave ameaça no roubo. São inerentes ao próprio tipo penal. Independentemente do grau de temor causado, se a arma não é apta a efetuar disparos, o risco aos bens jurídicos continua sendo o mesmo. O roubo majorado, então, não se distinguiria do roubo simples, mas a pena seria aumentada de forma injustificada.

2. OS FUNDAMENTOS DO ATUAL ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO NO ROUBO

As cortes superiores sedimentaram posições análogas sobre a majorante do emprego da arma de fogo. No julgamento do *habeas corpus* n. 96.099/RS, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, a Defensoria Pública da União alegou que o réu, acusado de roubo, sofria constrangimento ilegal porque a majorante do uso de arma fora reconhecida, "sem se verificar o potencial lesivo dessa" (Brasil, 2009). O Supremo Tribunal Federal analisou se seriam necessárias a apreensão e perícia da arma para atestar a potencialidade lesiva da mesma[1]. Embora o julgamento versasse sobre a majorante do emprego de toda e qualquer arma (e não somente arma de fogo), os fundamentos construídos pela corte são aplicados até os dias atuais. Em razão da relevância do caso, a 1ª Turma do STF afetou ao plenário o julgamento do *writ* e sobrestou todos os processos que tramitavam pela Turma sobre o mesmo tema (Brasil, 2009).

O STF decidiu, primeiramente, que (1) para a caracterização da majorante "não é exigível que a arma seja periciada ou apreendida, desde que comprovado, por outros meios, que foi devidamente empregada para intimidar a vítima" (Brasil, 2009). Como interpretou que a prova pericial não seria indispensável para a caracterização da majorante, o STF também definiu (2) que o emprego de arma de fogo poderia ser comprovado "por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial" (Brasil, 2009). Por fim, decidiu que (3) "caso o acusado alegue o contrário ou sustente ausência

[1] O *Habeas Corpus* n. 96.099/RS foi impetrado pela Defensoria Pública da União, a qual demandava a manutenção da pena fixada pelo Tribunal estadual, argumentando que a potencialidade lesiva da arma não tinha sido demonstrada, uma vez que tanto a apreensão como a perícia não foram realizadas. O fundamento era de que, sem a perícia técnica, não haveria como se caracterizar a majorante imputada pela acusação.

de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar a vítima, será dele o ônus de provar tal evidência", utilizando o artigo 156 do CPP como fundamento (Brasil, 2009).

Observou-se no julgamento a utilização do argumento de que a exigência da perícia da arma tornaria difícil a aplicação da majorante, pois a medida serviria como um incentivo para que os autores do delito desaparecessem com a arma verdadeira (Brasil, 2009):

> Concluiu-se que exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo.

O argumento da suposta impunidade foi levantado como motivação para sustentar a desnecessidade da perícia, conforme se observa da transcrição das falas dos ministros vencedores durante o julgamento (Brasil, 2009, grifo do autor):

> **O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - Hoje em dia, aluga-se arma para assaltar, praticar crime. Logo depois do crime, a arma de aluguel é devolvida. E, quando é própria, o assaltante faz questão de se desfazer dela para evitar a perícia. Ou seja, se essa tese vingar, a impunidade vai grassar mais uma vez, dará as cartas.
> **O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Ante a estratégia que será utilizada pelos delinquentes - sumir com a arma -, só ocorrerá a aplicação da causa de aumento no caso de flagrante.
> **O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)** - No jargão dos criminosos: é dispensar a arma. Ele dispensa a arma num riacho ou num matagal.

O argumento apoia-se na ideia de que a lesividade da arma seria presumível. Isto é, de que todas as armas utilizadas em roubos seriam verdadeiras, embora na prática existam casos de simulacros que, em questão de aparência, não apresentam distinções em relação às armas verdadeiras, casos de armas desmuniciadas e também defeituosas, que não apresentariam ofensividade. Na leitura do voto do ministro Ricardo Lewandowski percebe-se a defesa da lesividade presumível da arma, pois, na visão do julgador, "supor o contrário significa dar guarida à exceção, àquilo que normalmente não ocorre" (Brasil, 2009).

Restaram vencidos no caso os ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes. Extrai-se do voto do ministro Cezar Peluso, com fundamento na natureza objetiva da majorante, a defesa de que a majorante "exige a prova da potencialidade e da lesividade real da arma". Além disso, em contraponto ao argumento do ministro Ricardo Lewandowski de que o "normal" seria a arma ser verdadeira, o ministro Peluso defendeu que no processo penal não pode haver nenhuma presunção em desfavor do réu.

No Superior Tribunal de Justiça, as duas turmas que julgavam casos criminais possuíam visões distintas sobre o tema. No acórdão dos embargos de divergência em recurso especial n. 961.863/RS, de relatoria para o acórdão do ministro Gilson Dipp, julgamento onde se buscou solucionar a controvérsia da necessidade ou não de perícia da arma, mencionou-se que a 6ª Turma entendia que "sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico "integridade física", devendo ser excluída a causa de aumento" (Brasil, 2010). A 5ª Turma, por outro lado, dispunha que "não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia [...] se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante" (Brasil, 2006).

A partir do julgamento do caso supramencionado, a 3ª Seção do STJ unificou o entendimento dispondo que (1) a apreensão e a perícia da arma eram dispensáveis para caracterização da majorante, desde que outras provas atestassem a potencialidade lesiva; (2) exigir essas providências – apreensão e perícia - seria ilegal, pois não haveria previsão legal de tal demanda; e (3) caso o réu afirme que a arma utilizada era de brinquedo, defeituosa ou inapta, seria dele o ônus de provar o alegado (Brasil, 2010):

> CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.
> I – Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.
> II – Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.
> III – A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualifica-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só – desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela – instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.
> IV – Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.
> V – Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

O resultado do julgamento também não foi unânime. O ministro relator Celso Limongi e a ministra Maria Thereza de Assis Moura restaram vencidos. Em seus votos, observa-se a defesa da necessidade da prova da funcionalidade da arma de fogo, seja essa prova feita através da perícia ou por outra forma (como a prova oral). A ministra Maria Thereza, por exemplo,

afirma a inexistência de ônus probatório do réu no processo penal, motivo pelo qual ele não deveria ter o encargo de provar que a arma não era real, caso assim alegasse em sua defesa (Brasil, 2010):

> Na hipótese, penso que a tarefa da demonstração da ofensividade do instrumento do crime jamais poderiam incumbir à Defesa, porque, em se tratando de prova penal, a defesa não tem qualquer ônus, nem mesmo de provar eventual excludente de crime. Ao contrário, cabe à acusação fazer a prova, indene de dúvida, acerca da existência material do fato, sua autoria e responsabilidade penal. A dúvida, no caso, favorece o acusado. E isto porque, para uma condenação, o juiz penal tem que ter a certeza moral acerca do acontecimento penal. À defesa não cabe fazer prova da certeza, mas se o juiz tiver a menor e tênue dúvida, não pode proferir um édito condenatório.

Já o voto vencedor do ministro Gilson Dipp acompanha a interpretação do STF, capitaneada no voto do ministro Ricardo Lewandowski, pela presunção de lesividade de que a "arma é em si efetivamente capaz de produzir dano ou lesão" (Brasil, 2010). Ademais, o ministro consignou que a inversão do ônus da prova para o acusado, em relação à alegação de que a arma não seria verdadeira, "se reveste de racionalidade evidente pois é o agente que, de posse dela, poderá mais facilmente produzir tal prova" (Brasil, 2010).

Embora o entendimento dos tribunais superiores tenha sido formado na época em que vigorava a majorante da arma de qualquer tipo, ele continua sendo aplicado nos dias atuais para os casos de roubo praticados com emprego de arma de fogo. E as decisões apresentam questões problemáticas envolvendo o ônus da prova no processo penal e a idoneidade da prova da lesividade da arma, as quais serão analisadas nos tópicos subsequentes.

Sobre o primeiro quesito, é necessário investigar se o acusado no processo penal brasileiro, que deveria ser interpretado de acordo com os princípios constitucionais (como a presunção de inocência) é responsável por comprovar aquilo que alega. Se o órgão acusatório afirma na denúncia que o crime patrimonial fora praticado através da utilização de arma de fogo e, por outro lado, o acusado alega em sua defesa que a arma não era verdadeira, o segundo cria para si o dever de comprovar que o objeto não era lesivo? Trata-se de questão que precisa ser dirimida pois envolve a distribuição do ônus probatório no processo penal.

Sobre o segundo fundamento, o artigo verificará se as medidas de apreensão e perícia da arma carecem de previsão legal ou se há algum dispositivo da legislação processual penal apto a fundamentar tais diligências. Se a majorante deixa vestígios, elementos que compõem a própria materialidade da causa de aumento, não se tornaria indispensável a realização do exame de corpo de delito, com supedâneo no artigo 158 do Código de Processo Penal?

Por fim, sobre a idoneidade de outros meios probatórios que não a perícia técnica para atestar o potencial lesivo da arma, é necessário analisar se a prova oral, advinda dos depoimentos de vítimas e/ou testemunhas, por si só, é capaz de comprovar tal característica do instrumento.

3. O ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL: O RÉU DEVE PROVAR AQUILO QUE ALEGA?

O processo penal brasileiro vive uma constante missão: se adequar aos princípios civilizatórios previstos na Constituição de 1988, que tem a dignidade da pessoa humana como fundamento principal. Essa missão naturalmente enfrenta diversos desafios, pois o Código de Processo Penal de 1941, embora tenha sofrido algumas reformas ao longo das décadas, foi criado durante a ditadura do Estado Novo e teve como inspiração o *Codice Rocco*, "o mais fascista dos Códigos" (Gloeckner, 2018, p. 35). De matriz autoritária, o CPP apresenta diversos dispositivos que contrariam os direitos e garantias fundamentais da Constituição. O resultado disso é que, na prática judicial, muitas vezes ignora-se que a legislação processual penal deve ser lida sob a luz do texto constitucional, e não o contrário.

A Constituição adotou o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII)[2], indicando o caminho pelo qual o processo penal brasileiro deveria trilhar em matéria probatória. Discorrendo sobre a origem histórica do princípio, Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 9) esclarece que, embora remonte à máxima do *in dubio pro reo*, observável desde o direito romano, a presunção de inocência é considerada postulado fundamental da época das revoluções liberais do século XVIII. Uma de suas matizes é a "regra processual segundo a qual o acusado não está obrigado a fornecer provas de sua inocência, pois esta é de antemão presumida ("étant présumé innocent")" (Gomes Filho, 1991, p. 9).

A presunção de inocência também se relaciona com o axioma garantista *nulla acusatio sine probatione*. De acordo com o jurista italiano Luigi Ferrajoli (2002, p. 488), em um sistema acusatório de processo penal, como pretende ser o brasileiro[3], ambas as partes - acusação e defesa - estão em conflito. Mas o primeiro movimento tem de ser realizado pelo acusador, pois "sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa

[2] "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." (Brasil, 2016).

[3] O Art. 3º-A do Código de Processo Penal estabelece que "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (Brasil, 1941).

prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação" (Ferrajoli, 2002, p. 488).

Partindo deste raciocínio, o ônus probatório no processo penal seria conferido integralmente à acusação. Entretanto, se o artigo 156 do CPP enuncia que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer" (Brasil, 1941), o acusado teria o dever de provar aquilo que alega no processo? Para responder a esta indagação, é necessário adentrar no conceito de ônus probatório.

De acordo com Carnelutti, citado por Badaró (2003, p. 172), "a noção de ônus está ligada ao cumprimento de uma faculdade para a obtenção de uma vantagem" no processo. Em sentido correlato, Afrânio Silva Jardim (2003, p. 203) leciona que o ônus da prova significa dizer "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".

Esta concepção se relaciona com o ônus probatório subjetivo, o qual Badaró (2003, p. 225) define como "o encargo que pesa sobre as partes de buscar as fontes de prova e introduzi-las no processo, pelos meios de prova". No processo penal, especificamente, Badaró (2003, p. 225) entende que, para verificar a existência de eventual ônus subjetivo das partes, é necessário analisar as posições processuais do Ministério Público, enquanto acusador, e do acusado.

Em um sistema processual penal acusatório, como pretende ser o brasileiro, as partes - acusação e defesa - são parciais, possuem interesses dentro do processo. O Ministério Público possui uma pretensão acusatória (Lopes Jr., 2020, p. 58), enquanto a defesa possui o interesse de resistir contra essa pretensão. Considerando os interesses contrapostos entre as partes, os ônus que lhe serão atribuídos "servirão de estímulo, de mecanismo de pressão psicológica, para a atuação dos sujeitos interessados" (Badaró, 2003, p. 227).

No processo penal, portanto, a partir do momento em que o Ministério Público afirma na denúncia a existência de um fato típico, ilícito e culpável, com todas as suas circunstâncias[4], a consequência imediata que lhe recai é o ônus de comprovar tal alegação. Em relação ao acusado, considerando seu interesse de resistir à pretensão acusatória, presumir-se-ia que ele teria o ônus de comprovar aquilo que alegasse em sua defesa. Essa presunção, aliás, se alia ao disposto no artigo 156 do CPP, mas tal compreensão, porém, esbarra em impasses práticos, conforme provoca Rafael Nogueira (2018, p. 249):

[4] O Art. 41 do CPP dispõe que "A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas" (Brasil, 1941).

> se o acusador afirma que o réu matou e este assevera que não o fez, a quem compete a prova dos fatos? Se o acusador assegura que o réu agiu ilicitamente e este sustenta a licitude de sua ação, qual dos dois deve provar a ilicitude do fato?

Essas indagações se assemelham à questão do emprego de arma de fogo no crime de roubo: se o acusador diz que o réu utilizou a arma letal para praticar o delito patrimonial e o réu nega a utilização do instrumento ou diz que a arma não era verdadeira, quem deve provar a utilização e a lesividade do objeto?

Antes de se adentrar nessa questão, faz-se imprescindível destacar que o artigo 156 do CPP deriva de uma compreensão do processo civil a respeito do ônus probatório. Da mesma forma que no processo civil caberia ao réu provar causas impeditivas, modificativas e extintivas do direito do autor, pensou-se que no processo penal o acusado deveria provar as causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, as quais seriam "simétricas" às categorias civilistas (Gloeckner, 2018, p. 437).

Concordando com tal interpretação, parte da doutrina processualística penal (Marques, 2000, p. 346) entende que o dispositivo deve ser lido da seguinte forma: a acusação seria responsável por comprovar a materialidade e a autoria do fato criminoso, enquanto a defesa teria o encargo de comprovar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade, caso suscitasse tais teses (Nogueira, 2018, p. 250).

Essa compreensão, contudo, continua a esbarrar nos impasses argumentativos acima aduzidos. A partir do momento em que, de acordo com o artigo 41 do CPP, o Ministério Público possui o dever de expor na denúncia "o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias" (Brasil, 1941), pode-se dizer que ele possui o dever de provar a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade do fato, e não tão somente a autoria e a materialidade do crime.

Em um primeiro momento seria possível conceber a idéia de ônus probatório ao acusado, tendo em vista que ele possui um interesse individualizado no processo penal. Ocorre, todavia, que a partir da égide da regra de julgamento da presunção de inocência e de seu corolário do *in dubio pro reo*, o acusado não pode sofrer qualquer prejuízo derivado de não se desincumbir do encargo de provar. No processo penal, portanto, o ônus probatório é exclusivo do acusador (Badaró, 2003, p. 240).

Dessa forma, o artigo 156 do CPP precisa ser lido pela ótica da presunção de inocência. Se o dispositivo enuncia que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer" (Brasil, 1941) e a alegação contida na denúncia é justamente a afirmação de existência de um fato típico, ilícito e

culpável, o Ministério Público possui o ônus de comprovar esses três elementos do fato criminoso: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Conclui-se, portanto, que o ônus probatório no processo penal é inteiramente do acusador. O réu, protegido pelo princípio da presunção de inocência, não detém qualquer ônus probatório de suas alegações. Este encargo probatório da acusação não se restringe apenas à figura delitiva, mas também às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, às circunstâncias atenuantes e agravantes e também às minorantes e majorantes, uma vez que, assim como o fato criminoso, também possuem natureza típica, "estando à volta do tipo principal como elementos típicos-satélites, a colorir o fato típico de maior ou menor ilicitude e/ou a transfundir ao agente maior ou menor culpa jurídico-penal" (Azevedo, 2022, p. 48).

Caso seja imputado ao acusado a majorante do emprego de arma de fogo no roubo, o Ministério Público detém para si o encargo de prová-la. E esta tarefa somente pode ser satisfeita com a comprovação do efetivo emprego da arma pelo réu e com a prova de que ela possuía potencial lesivo. Diante de tal conclusão, o entendimento dos tribunais superiores está invertendo o ônus da prova no processo penal, tendo em vista que transfere ao acusado a tarefa de provar que a arma não era verdadeira, caso assim alegue em sua defesa.

4. A PROVA DA POTENCIALIDADE LESIVA DA ARMA DE FOGO

Neste tópico serão analisados os outros dois fundamentos que compõem o atual entendimento do STF e do STJ sobre a majorante do emprego de arma de fogo, quais sejam, a suposta ausência de fundamento legal para a apreensão e a perícia da arma bem como a comprovação da causa de aumento através da prova oral.

4.1. HÁ FUNDAMENTO LEGAL PARA A APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA?

Conforme exposto no tópico inicial, os tribunais superiores definiram que a exigência de apreensão e perícia da arma careceria de fundamento jurídico por ausência de previsão legal. Mas há de fato dispositivo legal que sirva de fundamento para tais medidas?

Os delitos, em geral, são classificados de várias formas. Existe a classificação relacionada a aspectos vestigiais, sendo os delitos divididos em transeuntes e não transeuntes. Os primeiros são aqueles cuja prática não deixam vestígios materiais, como os praticados por meio verbal. Já os segundos, os crimes não transeuntes, são aqueles delitos que, quando praticados, deixam vestígios que se relacionam com a própria materialidade do delito (Greco,

2020, p. 242). O caso mais exemplificativo é o cadáver no crime de homicídio. Se há vestígios remanescentes do delito, esses sinais podem ser periciados a fim de comprovar a materialidade do crime (Tubenchlak, 1980, p. 200).

Mas, no caso da legislação processual penal brasileira, não se trata de mera possibilidade. Se existem vestígios do crime, a realização ou não da perícia não fica a critério da autoridade policial ou judiciária. A regra geral, derivada do artigo 158 do Código de Processo Penal, é de que "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado" (Brasil, 1941). Portanto, para a comprovação da materialidade dos crimes não transeuntes é indispensável a realização do exame de corpo de delito. Este é o fundamento legal para a perícia dos elementos que constituem os vestígios dos crimes não transeuntes.

E a necessidade de exame de corpo de delito ou perícias em geral não se restringe apenas à comprovação da materialidade do crime, mas também das causas de aumento (como a que aqui se analisa) ou das qualificadoras que deixam vestígios, pois essas possuem a mesma natureza típica (Lopes Jr., 2020, p. 476).

Nas hipóteses de os vestígios desaparecerem - por exemplo, no caso de um assaltante que dispensa em um rio a arma de fogo utilizada no roubo - o exame de corpo de delito não mais poderá ser realizado. Diante disso, a solução adotada pelo legislador está prevista no artigo 167 do Código de Processo Penal: a prova testemunhal poderá suprir a ausência do exame. Essa solução constitui uma exceção à regra geral da necessidade do exame de corpo de delito, elaborada com o intuito de tornar possível a prova da materialidade nos crimes cujos vestígios desaparecem naturalmente ou são suprimidos pelos próprios autores. A regra, porém, é a indispensabilidade de realização de exame de corpo de delito para os crimes não transeuntes.

Portanto, há sim previsão legal, o artigo 158 do CPP, para se exigir as medidas de apreensão e perícia da arma de fogo para caracterização da majorante. Além disso, a natureza objetiva da majorante demanda a realização da perícia quando apreendida a arma, a fim de verificar se o objeto é capaz de realizar disparos.

4.2. ANÁLISE DA POTENCIALIDADE LESIVA ATRAVÉS DA PROVA ORAL À LUZ DO CONCEITO DE *STANDARD* PROBATÓRIO

Os tribunais superiores enunciam que a comprovação da potencialidade lesiva poderá ser feita por outras provas – como o depoimento da vítima ou das testemunhas – quando a arma

não é apreendida. Mas a comprovação da materialidade da majorante pela prova oral atende a um critério adequado de *standard* probatório?

Vinícius Gomes de Vasconcellos (2020, p. 6) compreende os *standards* probatórios como "padrões que apontam uma demarcação, um mínimo probatório que deve ser superado para que se considere um fato como provado". É um mecanismo advindo do *common law* que define "critérios ou diretrizes que indicam ao julgador quando pode considerar que logrou obter a prova de um fato, ou seja, quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve" (Gascón Abellán apud. Nardelli, 2018, p. 296). A definição de *standards* de prova, por meio de critérios lógicos e objetivos, tem como objetivo diminuir a possibilidade de erros advindos da discricionariedade judicial (Vasconcellos, 2020, p. 51).

Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro não preveja expressamente o conceito de *standard* probatório, é possível extraí-lo implicitamente dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo.* Aury Lopes Jr. (2020, p. 396) leciona que o *in dubio pro reo*, enquanto manifestação da presunção de inocência, implica não somente na ausência de ônus probatório ao acusado, mas também no sentido de que a prova para o condenar precisa superar a dúvida razoável (*"*beyond a reasonable doubt"). A prova além da dúvida razoável, aliás, constitui o parâmetro utilizado internacionalmente para possibilitar uma condenação penal (Vasconcellos, 2020, p. 51).

Buscando uma definição objetiva para o conceito de "prova além da dúvida razoável", que se relacione com o ônus probatório exclusivo do acusador, Vasconcellos (2020, p. 52) afirma que a hipótese acusatória deve ser provada de forma consistente, de modo a afastar qualquer explicação alternativa que eventualmente refutasse a acusação:

> Primeiro, deve partir da imposição do ônus da prova à acusação, sobre todos os elementos da hipótese incriminatória, relevantes penal ou processualmente ao processo, devendo ser ela capaz de explicar de modo coerente e íntegro os fatos comprovados no processo com a apresentação de critérios confirmatórios disponíveis. Então, após consistentemente a hipótese incriminatória, deve-se afastar eventuais explicações alternativas para os fatos provados, ou seja, a tese incriminatória deve resistir a qualquer dúvida razoável.

Como exposto anteriormente, o ônus probatório do acusador não recai tão somente sobre o crime imputado, mas também sobre as circunstâncias consideradas na dosimetria da pena, caso também imputadas. Entre a prova do crime de roubo e a prova da majorante do emprego de arma de fogo não deve haver rebaixamento do grau de *standard* probatório para considerar tais fatos como provados, uma vez que, de acordo com Badaró (2019, p. 255), "para

que um *standard* de prova seja completo, deve exigir provas que suportem todos os fatos alegados pela acusação e que sejam penal e processualmente relevantes".

Desse modo, o Ministério Público possui o encargo de comprovar o emprego efetivo da arma no roubo e também que o instrumento possuía potencialidade lesiva. Essa prova deve servir para corroborar a acusação de forma consistente e ainda refutar quaisquer explicações alternativas que pudessem impedir a incidência da majorante. Só assim estará atendido o critério da prova além da dúvida razoável.

O entendimento dos Tribunais Superiores, porém, rebaixa o *standard* probatório para considerar comprovada a majorante. Isto porque, na prática, não havendo perícia sobre a arma, costuma-se observar que a palavra da vítima, por si só, é tida como suficiente para fundamentar a incidência da causa de aumento. É dado especial valor e importância à palavra da vítima ao mesmo tempo em que se desconsidera a palavra do réu, pois o roubo, assim como outros delitos, costuma ser praticado na clandestinidade, sem a presença de testemunhas do fato (Henz; Lopes Jr., 2021, p. 73).

Para ilustrar o valor quase absoluto conferido à palavra da vítima, em caso de roubo julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, considerou-se provada a utilização do emprego de arma de fogo a partir do depoimento de uma única vítima, embora os acusados tenham negado o uso do objeto. O Tribunal estadual utilizou o entendimento das Cortes Superiores para fundamentar o acórdão (Brasil, 2023, grifo nosso):

> As causas especiais de aumento de pena também restaram bem demonstradas e devem ser reconhecidas. O ofendido foi incisivo em afirmar que foi subjugado pelo comparsa do réu, ou seja, em concurso de agentes, sendo que ele portava uma arma de fogo, que foi utilizada para ameaçá-lo. Se a palavra da vítima é suficiente para imputar a conduta ilícita ao agente, também deve ser acolhida para a comprovação das demais circunstâncias do crime, inclusive, as causas especiais de aumento de pena. A ameaça exercida com arma de fogo, é grave e, perpetrada com vistas à subtração, caracteriza a elementar do roubo. Restou bem demonstrada a pluralidade de agentes, a relevância causal das condutas, identidade do crime e liame subjetivo entre estes, configurando os requisitos necessários a incidência do artigo 29 do Código Penal. **Cumpre observar que é prescindível a apreensão e submissão da arma à perícia que comprove seu poder lesivo para o reconhecimento da majorante respectiva, bastando prova testemunhal firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa**.

Considerar como provado o emprego de arma de fogo a partir tão somente da palavra da vítima equivale a rebaixar o *standard* probatório de caracterização da majorante para patamar abaixo do padrão da prova além da dúvida razoável. Pode-se afirmar também a ocorrência de inversão do princípio do *in dubio pro reo* já que neste cenário - vítima afirma a utilização da arma, enquanto o réu nega - há uma dúvida relevante sendo solucionada em

desfavor do acusado. O depoimento da vítima, isolada nos autos, sem amparo em outras provas, “deve ser sopesada como indício e não como verdade absoluta” (Henz; Lopes Jr., 2021, p. 83).

A afirmação da vítima ou de testemunhas de que o acusado utilizou arma para praticar o roubo não possui o condão de afastar eventuais explicações alternativas, pois esta arma pode ser de brinquedo, inapta ou apresentar defeitos que a impeça de efetuar disparos. Portanto, a tese incriminatória com base na prova oral, nesse molde, não resistiria a qualquer dúvida razoável (Vasconcellos, 2020, p. 18).

Não se olvida que o artigo 167 do Código de Processo Penal permite a utilização da prova testemunhal quando houver o desaparecimento dos vestígios. Ocorre que a afirmação por parte da vítima e/ou de testemunhas de que o autor utilizou uma arma para praticar o crime patrimonial não prova por si só a lesividade do instrumento, pois apenas demonstraria que, no momento do roubo, o assaltante estava com a arma em punho. Não prova, porém, que a arma era verdadeira e detinha capacidade lesiva. A única forma de provar, por meio da prova oral, de que o instrumento possuía potencialidade lesiva é por meio da afirmação da vítima e/ou testemunhas de que o autor efetuou disparos de arma de fogo durante o roubo. Se a prova oral atestar os disparos, estará comprovado o potencial lesivo mesmo que não haja apreensão e perícia da arma. Contudo, se não houve disparos, permanecerá a dúvida se a arma era realmente verdadeira ou se era de brinquedo, inapta, defeituosa ou se estava desmuniciada.

Discorrendo sobre a prova da lesividade da arma de fogo, Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 682-683) chegou à conclusão, com fundamento no ônus probatório da acusação, de que as únicas formas de se atestar a idoneidade do instrumento são (1) por meio da realização do exame direto ou (2) através da prova oral que ateste a efetuação de disparos:

> [...] se a arma de fogo não foi apreendida e se as testemunhas não afirmaram que houve disparos com ela, como se pode afirmar categoricamente que a arma utilizada pelo agente não era de brinquedo, se encontrava desmuniciada, ou era inapta a produzir disparos? Registros policias dão conta de inúmeros casos em que a arma apreendida seria de brinquedo, a qual propiciaria a aparência de arma de verdade, sem, no entanto, deter qualquer potencialidade lesiva. Portanto, considerando que, por força da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, o ônus da prova recai sobre a acusação, e não sobre o acusado, tendo em conta, ademais, que o emprego de arma de fogo é circunstância objetiva, torna-se imprescindível a aferição da idoneidade do mecanismo lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e consequente elaboração do exame pericial direto, ou se vítima e testemunhas confirmarem que houve disparos com a arma.

Conclui-se, portanto, que a palavra da vítima e/ou das testemunhas que atestem tão somente a existência de uma arma no momento do roubo não tem o condão de provar que essa arma apresenta potencial lesivo. A prova oral somente se revela idônea para fundamentar a

incidência da majorante quando atestar que foram efetuados disparos de arma de fogo, uma vez que, com isto, comprova-se o potencial lesivo da arma. Sem os disparos, a prova pericial é a única maneira de se comprovar, além da dúvida razoável, que a arma é capaz de gerar maior risco aos bens jurídicos protegidos pela norma penal.

Presumir que a arma é verdadeira a partir da prova oral que ateste o mero emprego do instrumento significa uma presunção em desfavor do acusado, inadequada em matéria penal cuja única presunção é a de inocência. Parte do princípio de que a arma é materialmente idônea sem que haja qualquer prova neste sentido, transferindo ao acusado o encargo de provar o contrário. Este raciocínio inverte o princípio constitucional da presunção de inocência, pois implica em dizer que o ônus probatório da majorante no processo penal é do acusado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal lido à luz dos princípios norteadores da Constituição de 1988, dentre eles o princípio da ofensividade, deve se ocupar somente dos ataques mais graves aos bens jurídicos fundamentais. Nesse sentido, a majorante do emprego de arma de fogo se justifica porque a utilização de instrumento com maior potencial vulnerante acarreta em maior risco aos bens jurídicos protegidos pela norma penal.

Todavia, a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a majorante parece dar pouca importância à sua natureza objetiva e à necessidade de se comprovar cabalmente o potencial lesivo da arma. Isto porque, para o STF e para o STJ, (1) a apreensão e a perícia da arma não seriam necessárias quando houvessem outras provas da potencialidade lesiva; (2) essas medidas, aliás, não seriam obrigatórias em razão de ausência de fundamento legal; e (3) o ônus de provar que a arma não era verdadeira seria do acusado, caso assim alegasse em sua defesa.

O ônus probatório no processo penal é inteiramente do acusador. Embora seja possível conceber em um primeiro momento que ambas as partes - acusação e defesa - possuiriam encargos probatórios porque possuem interesses contrapostos dentro do jogo processual, fato é que a presunção de inocência constitui princípio fundante do processo penal brasileiro após a Constituição de 1988. A presunção de inocência e o corolário do *in dubio pro reo* exprimem que o acusado não possui nenhum encargo probatório e, por consequência, também não pode ser prejudicado caso não comprove aquilo que alegue. O artigo 156 do CPP, que permitiria interpretar que o réu detém ônus probatório no processo penal, precisa ser lido à luz do princípio da presunção de inocência. Se a prova da alegação incumbe a quem a fizer e a alegação da

denúncia é de que o acusado praticou um fato típico, ilícito e culpável, o acusador detém o ônus de provar esses três elementos.

Como a majorante do emprego de arma de fogo possui natureza típica, é ônus do Ministério Público, enquanto órgão de acusação, comprovar que a arma fora utilizada no roubo e que ela detinha potencial lesivo. Dessa forma, o presente estudo concluiu que a proposição de que o réu deveria comprovar que a arma não era verdadeira, caso alegasse isto, inverte por completo o ônus probatório do processo penal, desrespeitando o princípio constitucional da presunção de inocência.

Verificou-se também que as medidas de apreensão e perícia da arma têm como fundamento legal o artigo 158 do CPP, uma vez que o fato da majorante em análise deixar vestígios materiais resulta na necessidade de realização do exame de corpo de delito. Além disso, a natureza objetiva da majorante resulta na necessidade de comprovar a potencialidade lesiva. A prova testemunhal poderá suprir a falta do exame apenas quando esses vestígios desaparecerem, de acordo com o artigo 167 do CPP.

Por fim, o artigo analisou como ocorreria a prova da potencialidade lesiva pela prova oral quando a arma não fosse apreendida e periciada. A prova de uma majorante, assim como de um crime, deve atender o *standard* probatório da "prova além da dúvida razoável", isto é, a hipótese da acusação deve ser concretamente comprovada de modo a afastar por completo explicações alternativas.

Na prática forense brasileira, os Tribunais, com supedâneo na jurisprudência dos tribunais superiores que aqui se discute, têm permitido a incidência da majorante com base tão somente nas palavras da vítima ou de testemunhas que afirmam a ocorrência do emprego de arma de fogo. A consequência disso é o rebaixamento do *standard* de prova, pois este elemento probatório, isolado, não atende ao critério da "prova além da dúvida razoável" já que não refuta possibilidades alternativas, como a arma ser de brinquedo, inapta, defeituosa ou estar desmuniciada.

Destaca-se, por fim, que a prova oral que apenas confirma a utilização da arma não tem o condão de comprovar necessariamente que ela era apta a disparos. Isto porque a capacidade lesiva do instrumento somente pode ser atestada por exame pericial direto ou, na ausência deste, por meio de prova oral que ateste a efetuação de disparos pela arma. Dessa forma, a majorante somente poderá ser considerada provada através de prova oral quando a vítima ou testemunhas afirmem a ocorrência de disparos de fogo durante o roubo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, David Teixeira. **Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição.** São Paulo: Malheiros, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: RT, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal Democrático**. Lemos e Cruz, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 jul. 2023.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 23 jul. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 961.863/RS. Brasília: Relator: Ministro Celso Limongi. J. em 13 dez. 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900332734&dt_publicacao=06/04/2011. Acesso em 23 jul. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus n. 126.108/MS. Brasília: Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. J. em 30 jun. 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22126108%22%29+ou+%28HC+adj+%22126108%22%29.suce. Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 838.154/RS. Brasília: Relator: Ministro Félix Fischer. J. em 18 dez. 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=4284665&tipo_documento=documento&num_registro=200701411130&data=20081003&tipo=0&formato=PDF. Acesso em 25 mai. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Habeas Corpus n. 96.099/RS. Brasília**: Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. J. em 19 fev. 2009. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo536.htm#Roubo:%20Emprego%20de%20Arma%20de%20Fogo%20e%20Causa%20de%20Aumento%20-%201. Acesso em 20 mai. 2023.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 1530249-69.2021.8.26.0050. São Paulo: Relator: Desembargador Marcos Correa. J. em 15 jun. 2023. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?instanciaProcesso=pg&nuProcesso=1530249-69.2021.8.26.0050&cdProcesso=1E0027O6W0000&cdProcessoMaster=1E0027O6W0000&cdForo=50&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5BFDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=MX0UHU9QI3xhDMraFDVa7so7DbaRQP0ciU9v3jTQY9DeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJX6ERQgZUs%2B7eSQ8XmUD9wWCClIGJ4TaILNbJg1%2FleyaiUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsdpu5I0oERzG8vZnF6zX%2B3tbWf0lgJ5KvdiRmS8I88YzUgGjXBWOcKra1PGlypZB9oTh9iQscDPddDS2TXZNz5czLm72Pep3dAK0DgAz9rGVLNHMpEZaJHRiQYETkAbmTR6CDVwtspJ%2FFaedoWNQ46OQ9oxNpuiKQlVxaIXlsWJIqWzROSCUKK1gLlThfcDHtMwhAyMhx8i4zAUqh32I6OLhamo%2BwlX%2F%2FrMqk3M83YT3I6o9CC%2FMipUUDhK1Yf2tsq%2FsBRmwzKy4y5Azcw%2BqaofLsXGsTQPkzaFpaCPRShXHTjUqHD%2BIEDPlg4r3r%2FKAd8Lj8qCP4C3kkdfoyxLIHK%2FVZGuJ0tKDaWDvUkAg0uTcQ%3D. Acesso em 12 jul. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das idéias autoritárias no processo penal brasileiro** - 1. ed. - Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 22. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2020.

GOMES FILHO. **Presunção de inocência e prisão cautelar** - São Paulo: Saraiva, 1991.

HENZ, Katherine; LOPES JR., Aury. **A (im)possibilidade de rebaixamento de standard probatório nos crimes de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo.** Revista Liber. Porto Alegre: Editora IAPJ, 2023, v. 1, n. 1 (jan/abril.).

JARDIM, Afrânio Silva Jardim. **Direito Processual Penal.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** 7ª ed. Salvador. JusPodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** - 17. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NARDELLI, Marcella A. M. **Presunção de inocência, *standard* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal.** *In*: SANTORO, Antonio Eduardo R.; MALAN,

Diogo R.; MADURO, Flávio M. (org). Crise no processo penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 289-309.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 4., n. 1, p. 243-275, jan./abr. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.124. Acesso em 21 jul. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, 2ª ed. Campinas: Millenium, 2000.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940).** Vol. VII. Arts. 155 a 196. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

TUBENCHLAK, James. **Teoria do crime.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

VASCONCELLO, Vinícius Gomes de. ***Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro.**