

Proponente(s): Bruno Martinelli Scignoli

Área de Atividade: Criminal

I – Súmula

A expressão "emprego de arma de fogo", inserida no inciso I do § 2º-A do art. 157 do Código Penal, é elemento normativo do tipo que remete à definição do Decreto 10.030/2019, que por sua vez exige comprovação idônea, vedada qualquer presunção em desfavor do acusado.

II – Assunto

A Lei 13.654/2018 substituiu a expressão "emprego de arma" por "emprego de arma de fogo", revogando o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal e instituindo o § 2º-A, inciso I, com majoração de pena para 2/3 (dois terços).

A nova expressão instituiu um elemento normativo que faz remissão implícita direta a outro diploma normativo vigente, o Decreto 10.030/2019, extraindo seu conteúdo de injusto diretamente da definição nele contida (Anexo III - Glossário) .

Uma vez que o conceito de arma de fogo constante do Decreto é extremamente técnico e aponta para um dado muito específico da realidade cuja demonstração é imprescindível, a simples visualização de um artefato que aparenta ser uma arma de fogo em um evento de roubo é insuficiente para a configuração da majorante, pois não atesta, por si só, a potencialidade lesiva para disparos de projéteis via combustão emissora de gases.

A partir da nova redação legal, a potencialidade lesiva concreta de disparos passou a integrar o conteúdo do injusto da majorante, por utilizar a lei agora um elemento normativo que atribui a disciplina da matéria à definição técnica, que demanda meio probatório adequado à sua demonstração.

Tratando-se de técnica de reenvio, não cabe falar em presunção de sua ocorrência na realidade para a configuração típica, havendo necessidade de laudo pericial ou outro meio de prova idôneo, como exige a disciplina dos tipos penais integrados por complemento normativo.

III – Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, III, e IX da Lei 988/06, in verbis:

"Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

...

IX – assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

IV – Fundamentação fática e jurídica

O estatuto do desarmamento (Lei 10.826/2003) criminaliza, dentre outras condutas, a posse e o porte de arma de fogo em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A elementar “arma de fogo” exige complementação normativa que, no ordenamento jurídico brasileiro, decorre do Decreto 10.030/2019 .

O Decreto 10.030/2019 tem como finalidade dispor sobre “princípios, as classificações, as definições e as normas para a fiscalização de produtos controlados pelo Comando do Exército, observado o disposto na Lei nº 10.826, 22 de dezembro de 2003” (art. 1º).

E o art. 15 estabelece “arma de fogo” como produto controlado pelo Exército.

A materialidade das infrações tipificadas no estatuto do desarmamento demanda a demonstração concreta dos elementos conceituais da “arma de fogo” definidos no Decreto 10.030/2019.

O Decreto 10.030/2019, no Anexo III (Glossário), conceitua “arma de fogo” como “arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases, gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara, normalmente solidária a um cano, que tem a função de dar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil”.

Nesse sentido, a incidência dos tipos penais do estatuto do desarmamento pressupõe a demonstração concreta, via laudo pericial, de que o instrumento contenha a potencialidade de disparo de projéteis via propulsão de gases gerados por combustão de um propelente nele contido.

As condutas criminalizadas no estatuto do desarmamento são antecedentes necessários à realização de crime patrimoniais que envolvem violência ou grave ameaça com emprego de arma de fogo, sendo aquelas absorvidas por esses quando neles exaurem sua eficácia.

Nesse sentido, não há razão para que o Decreto 10.030/2019, que regulamenta o conceito de arma de “arma de fogo” para fins de materialidade dos crimes tipificados no estatuto do desarmamento, não regule o mesmo conceito quando for empregado como circunstância majorante do crime-fim.

Trata-se aqui do crime-fim de roubo, única infração do Código Penal brasileiro em que se utiliza a expressão “arma de fogo” para efeito de aumento de pena (art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal).

O inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal foi revogado pela Lei 13.654/2018.

Logo, não se utiliza mais para majorar o crime a expressão “emprego de arma”, entendendo-se “arma”, em linguagem comum, como qualquer “instrumento que potencializa a força humana”.

Isso quer dizer que a possibilidade de o artefato causar lesão a partir do seu emprego impróprio, como instrumento contundente, não é mais relevante para efeito de configuração da causa de aumento.

O texto atual usa a expressão "arma de fogo" (inciso I do § 2º-A, do art. 157 do Código Penal) o que automaticamente remete ao complemento conceitual constante do Decreto 10.030/2019.

Trata-se da utilização de elementos normativos do tipo como técnica de reenvio .

O conceito é bastante específico e reforça o fato de que a potencialidade lesiva da arma de fogo (capacidade de "arremessar projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão") integra o conteúdo do injusto da causa de aumento da mesma forma que decretos do Poder Executivo regulamentam (integram) normas penais em branco.

Portanto, assim como a demonstração da presença de um princípio ativo inscrito no anexo I da Portaria 344/1998 do Ministério da Saúde é essencial ao preenchimento do conteúdo da expressão "drogas" (conforme dispõe o art. 66 da Lei 11.343/2006), não bastando se tratar simplesmente de "substância que pode determinar dependência física ou psíquica", a demonstração da potencialidade efetiva de arremesso de projéteis é essencial à configuração da causa de aumento do "emprego de arma de fogo".

A simples visualização por parte da vítima de um objeto aparentando ser arma de fogo não é suficiente para demonstrar as características que definem a potencialidade concreta de disparos exigida pelo Decreto 10.030/2019, assim como a simples afirmação por parte um agente policial sobre a natureza de uma substância aparentemente entorpecente como "cocaína" não substitui o necessário exame toxicológico exigido para a identificação do princípio ativo, que é essencial à configuração do crime (conforme determina o art. 50, § 2º, da Lei 11.343/2006).

A Lei 11.343/2006 exige a complementação da Portaria 344/1998 do Ministério da Saúde assim como o inciso I do § 2º-A, do art. 157 do Código Penal (que deu continuidade normativo-típica ao emprego de arma de fogo) exige a complementação do Decreto 10.030/2019.

E essa exigência, no plano normativo, só se materializa, no plano fático, mediante o imprescindível meio de prova do exame pericial.

Não cabe, portanto, presumir-se a potencialidade lesiva e imputar à defesa, com fundamento no art. 156 do Código de Processo Penal , o ônus de demonstrar a ausência de potencialidade lesiva da arma.

Trata-se de questão que compõe a própria configuração típica da causa de aumento e o ônus da demonstração desse primeiro elemento analítico (tipicidade) do crime (no caso, da causa de aumento) é da acusação.

Portanto, a impossibilidade de demonstração de aptidão para disparo de projéteis a partir de gases formados a partir da combustão de um propelente via laudo pericial ou outro meio de prova idônea impede a configuração típica da causa de aumento do inciso I do § 2º-A, do art. 157 do Código Penal, com redação dada pela Lei 13.654/2018.

V – Sugestão de Operacionalização

A tese descrita tem por finalidade estabelecer um critério racional para a aplicação ou não da causa de aumento do emprego de arma de fogo a partir da estrutura objetiva do tipo penal do roubo.

A identificação da expressão “emprego de arma de fogo” como elemento normativo que demanda complementação conceitual de injusto de outro diploma normativo vigente no ordenamento jurídico altera a metodologia de interpretação e prova da causa de aumento.

Se a jurisprudência dos tribunais superiores, a partir da redação antiga do revogado inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, pacificou o entendimento de que a causa de aumento prescinde da demonstração da potencialidade de disparo via apreensão e perícia ou mediante outro meio cabível (visualização ou registro filmado de efetivo disparo, por exemplo), tal entendimento não mais é sustentável, pois as premissas desse raciocínio já não mais subsistem.

Se antes era empregada a linguagem comum (“emprego de arma”), que permitia a compreensão de que a utilização de um artefato aparentando ser arma de fogo poderia ser usado como instrumento contundente e com isso potencializava a força do agente, atualmente esse raciocínio já não é mais critério relevante.

Da mesma forma, se antes o questionamento acerca da potencialidade concreta de disparo de projéteis era visto como uma discussão inaugurada pela defesa, a quem caberia provar a ausência de aptidão para disparos, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, hoje essa argumentação não é mais cabível.

Já não se está diante de um conceito cujo significado se extrai da linguagem comum, mas de um elemento normativo que remete à acepção técnica de um diploma normativo vigente que avoca a disciplina do controle de armas de fogo.

E justamente por se tratar de elemento normativo, a demonstração da potencialidade concreta de disparo de projéteis a partir de combustão de um propelente passa a integrar a tipicidade sistemática da causa de aumento, sendo a materialidade de elemento que compõe a tipicidade ônus que cabe ao Ministério Público através dos meios de prova pertinentes.

Essa é a razão pela qual caberia invocar a distinção (distinguishing) perante os Tribunais Superiores dos casos alicerçados na nova causa de aumento em relação à jurisprudência pacificada com a finalidade de superá-la.