

2. DOCTRINA NACIONAL

ARMA DE BRINQUEDO

ALBERTO SILVA FRANCO

A Lei 9.437/97 trouxe, outra vez, à baila a questão referente ao emprego de “arma de brinquedo”, no delito de roubo, como causa especial de aumento de pena. Antes da entrada em vigor do novo diploma legal, súmula do Superior Tribunal de Justiça – Súmula n. 174 – de recente aprovação, no sentido do reconhecimento do roubo agravado, na hipótese de uso de arma de brinquedo, tinha provocado as manifestações contrapostas do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (“Arma de Brinquedo” in “Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais”, 50, p. 12) e do Juiz Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior (“Brinquedo não é arma” – “Crítica à Súmula 174 do STJ” in “Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais”, n. 50, p. 1). Os pontos de colisão entre as teses, por eles, defendidas ficaram de tal forma à mostra que uma tomada de posição, na matéria, não exigia de quem as lesse considerações mais aprofundadas. A Lei 9.437/97 serviu, no entanto, para provocar novos questionamentos e, desse modo, reapresentar, sob nova ótica, a questão do enquadramento ou não da arma de brinquedo como causa de aumento de pena, na hipótese da prática do delito de roubo.

A primeira – e a mais importante – alteração, no quadro atual de discussão da matéria, é a introdução da arma de brinquedo no campo da tipologia penal. Essa inclusão revela uma preocupação exacerbada do legislador, em relação à denominada criminalidade de massa. Os roubos são fatos delituosos que se amoldam na realidade brasileira, perturban-

do a tranquilidade do cidadão comum. A idéia de solucionar os problemas acarretados pelo aumento de roubos, através da pura e simples criminalização da arma de brinquedo, constitui, no entanto, um absurdo sem paralelo, na legislação penal brasileira. Não será, por certo, a criação da nova figura típica que provocará a redução do índice de incidência de roubos no País. Por outro lado, o legislador penal insiste cada vez mais em seu enfoque político-ideológico de solucionar questões de ordem social, com o emprego da máquina repressora do Estado. O insucesso é a previsão que se confirma em cada novo tipo criado ou em cada nova agravação punitiva de tipo preexistente. Sem preocupar-se com as consequências da desmoralização do Direito Penal, que não tem condições de revelar eficácia nos conflitos a que é chamado a intervir, o legislador persiste na sua insensata política de produzir uma legislação penal simbólica para mostrar apenas que está atento às preocupações do cidadão ou para dar-lhe uma aparência de tranquilidade. Mas nem um tipo penal novo, nem um tipo penal já existente, mas agravado em seu preceito sancionatório – sem outras medidas mais profundas exeqüíveis em área não penal – serão suficientes para devolver, ao brasileiro comum, a desejável tranquilidade. O Direito Penal simbólico é uma construção política falaciosa, sem rebuscos, que deve ser sistematicamente denunciada, se se pretende preservar o Estado Democrático de Direito.

No caso em exame, o legislador penal não se limitou à inclusão da arma de brinquedo no rol das figuras criminosas. Foi além. Equiparou a arma de brinquedo à arma de fogo e, não satisfeito, atribuiu às condutas ilícitas, que construiu em torno desses objetos, um mesmo preceito sancionatório, ou seja, a detenção de um a dois anos e a multa, como se o poder vulnerante de uma ou de outra fôsse equípolente, exigindo igual reação punitiva. Insensibilidade maior é, sem dúvida, algo impossível de ser repetido na legislação penal brasileira.

O inciso II, do § 1.º do art. 10 da Lei 9.437/97 incrimina a conduta de quem “utiliza arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes”. A nova figura típica tem seu ponto nuclear no verbo transitivo direto “utilizar” que, na acepção empregada, quer dizer “fazer uso de”, “valer-se de”, “usar”. Cuida-se de um verbo de coloração inocente, pois, no seu significado básico, não reflete carga explícita de ilicitude. “Utilizar” é um indiferente penal. Destarte, para surpreender seu sentido ilícito, torna-se necessária, de imediato, a referência ao objeto da ação, ou seja, à coisa sobre a qual recai a conduta do agente. O objeto direto é a “arma de brinquedo”. “Utilizar arma de brinquedo” não tem, ainda, o menor conteúdo de ilicitude. Não pode representar comportamento algum de caráter lesivo. Daí ver-se o legislador na contingência de construir para a arma de brinquedo uma frase que lhe servisse de aposto: “simulacro de arma capaz de atemorizar”. O que quer dizer “simulacro”? De acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa”, 2. ed., p. 1587-1588, Editora Nova Fronteira — Rio de Janeiro: 1986), “simulacro”, no entendimento que lhe empresta o texto legal, quer dizer “imitação”, “cópia ou reprodução imperfeita ou grosseira”, “arremedo”. Destarte, o objeto utilizado

deve reproduzir — ou, ao menos, ter a semelhança, ainda que “imperfeita ou grosseira” de uma arma — a forma de uma arma verdadeira. Mas não basta que haja um simulacro de arma. É mister algo mais: a imitação de arma deve estar dotada da capacidade de atemorizar outras pessoas. Assim, o arremedo de arma verdadeira não pode apresentar-se tão imperfeito ou tão grosseiro que dele exclua seu poder de infundir medo às pessoas. Há, assim, um limite no simulacro, aquém do qual não há cuidar de conduta criminosa. A “utilização de arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem” não se completa, como figura típica, se o agente não agir “para o fim de cometer crimes”. Esse elemento subjetivo do tipo é de inquestionável relevo, pois, se a ação empreendida não estiver animada pela finalidade referida no tipo, não há cuidar da figura do n. II, do § 1.º, do art. 10 da Lei 9.374/97.

O novo diploma legal elaborou, deste modo, uma figura típica, de caráter anormal porque, além dos elementos objetivos que constituem a estrutura fundamental de qualquer tipo, exigiu a presença de um elemento normativo e de um elemento subjetivo. Não basta, assim, o emprego de arma de brinquedo. É necessário que se verifique se tal imitação de arma de fogo apresenta a capacidade de atemorizar pessoas. E sob essa ótica, o conceito de “capacidade de atemorização” é um dado típico dependente de preenchimento, por parte do julgador. Além disso, é imprescindível, também, que esteja presente a especial finalidade que move o agente à prática do delito. É com esse momento de subjetividade que o agente ilumina a base objetiva de sua conduta para efeito de incluí-la no campo da tipicidade.

Todas essas considerações mostram-se pertinentes no momento em que se deve analisar o novo tipo penal em

função do delito de roubo agravado pelo emprego de arma.

Nunca é demais insistir que o inc. I, do § 2.º do art. 157 do Código Penal se referiu a um conceito global de “arma” no qual se incluíam não apenas as armas próprias, como as armas impróprias. O legislador penal de 1940 não teve o propósito de abranger, nesse conceito, objetos que não apresentassem poder vulnerante. Destarte, a causa especial de aumento de pena estava firmemente vinculada à ocorrência de uma circunstância objetiva, ou seja, à existência de um instrumento, qualquer que fôsse, que tivesse as características de ataque ou de defesa. Uma arma, enfim. Real, verdadeira, com capacidade de ofender fisicamente uma pessoa. E mais: exigia que o engenho, com tal definição, tivesse sido empregado, na subtração de coisa alheia móvel, como modo de violar ou ameaçar o sujeito passivo da infração penal. Ora, o conceito de arma não implica, como é óbvio, o de arma de brinquedo que, na sua área de significado, não contém a idéia de um objeto de ataque ou de defesa; portanto, de um objeto apto a lesionar alguém. Como observa Fontan Balestra, a lei exige que a causa de aumento de pena se concretize com o uso de arma “e essa exigência não se preenche pelo emprego de arma simulada ou de brinquedo. Esse tipo de objeto é apto para qualificar o apoderamento como roubo, posto que a intimidação se logra toda vez que a vítima *crê* que é ameaçada com uma arma, mas não é apto para adequar o fato à figura agravada. Assim, pois, o apoderamento ilegítimo cometido com arma falsa ou simulada, é roubo, mas, não, roubo agravado” (“Tratado de Derecho Penal” vol V, p. 518 – Abeledo Perrot - Buenos Aires: – 1969). De igual teor, é o parecer de Quintano Ripolles para quem só “as armas reais ou instrumentos de efetiva perigosidade” podem exasperar o preceito sancionatório, no

delito de roubo, “não produzindo a agravação as simuladas, por exemplo, as de brinquedo; o que não impede, pela intimidação que produzem, possam servir para caracterizar este elemento constitutivo” (“Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal”, vol. II, p. 327, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. Valiosa, também, é opinião de Sebastián Soler de que “a arma é considerada do ponto de vista do poder intimidante que exerce sobre a vítima e que, em consequência, é roubo o fato cometido mediante o emprego do que *para a vítima* era uma arma. Mas quando se trata de aplicar a agravante, não parece que a *falsa arma*, o revólver de brinquedo, seja suficiente, porque exigindo a figura que se trate de uma arma, faz-se necessário que o dolo do autor consista precisamente no emprego de algo que *seja uma arma também para ele*” (“Derecho Penal Argentino”, vol. IV, p. 288, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires: 1953) Deste modo, o roubo cometido com um revólver de brinquedo é roubo, mas não roubo agravado. Por derradeiro, com sua conhecida capacidade de síntese, o des. Raulnfo de Mello Freire, citado por Dyrceu Aguiar Cintra Junior (op. cit. p.1) resumiu a questão: “arma não é brinquedo; brinquedo não é arma”. Estender, por intermédio da analogia, o conceito de arma para efeito de abranger também o de arma de brinquedo constitui, portanto, um recurso inaceitável no campo penal e evidente lesão ao princípio da legalidade.

Excluída, portanto, a arma de brinquedo do conceito de “arma”, autorizadora do roubo agravado, é mister que se analise a possibilidade, em face da Lei 9.437/95, de um concurso entre as normas do art. 10, § 1.º, II desse diploma legal e do art. 157 *caput* do Código Penal. Sob este enfoque, não há como admitir a incidência das duas normas penais. Com efeito, se o agente, para subtrair coisa alheia móvel, emprega

violência ou grave ameaça e se esse modo de execução encontra expressão na utilização de uma arma de brinquedo, não apta para a violência, mas perfeitamente idônea para produzir a atemorização da vítima, força é convir que os dados compositivos básicos (utilização de arma de brinquedo, dotada de poder de atemorização) do art. 10, § 1.º, II da Lei 9.437/95 se incorporam à perfeição no tipo do art. 157 “caput”. Não se alegue que, além daqueles dados, o agente no caso da figura típica mencionada na Lei 9.437/97, deve ter por fim cometer crimes. E, portanto, tal finalidade não acha explicitada na figura do roubo. O argumento é imprestável. A idéia da finalidade registra que o procedimento do agente deve ser comandado em todos os seus atos, pelo propósito de cometer crimes. Mas se o crime foi realizado por inteiro, a consideração finalista desaparece, subsumida pelo resultado ou seja,

pela consumação do roubo. Não há, portanto, cogitar de punir-se alguém pela finalidade de realizar um crime se, em concreto, vem a executá-lo. Em verdade, a figura típica do art. 10, § 1.º, II, da Lei 9.437/97 está incluída na figura do roubo. É caso típico de aplicação do princípio da subsidiariedade tácita que ocorre “quando a norma subsidiária não condiciona taxativamente, a própria aplicação à insubsistência do delito principal ou primário. Dessume-se da circunstância de achar-se o fato implicado neste, como elemento constitutivo, agravante ou *meio prático da respectiva execução* (Oscar Stevenson, Concurso aparente de normas penais”, in “Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nélson Hungria”, p. 39, Rio de Janeiro: 1962). Destarte, o tipo referente à arma de brinquedo, descrito na Lei 9.437/97 fica absorvido pelo *caput* do art. 157 do Código Penal.