
ARTIGO

ROUBO COM ARMA DE BRINQUEDO

Carlos Henrique MACIEL

“Fazer a lei e não a mandar executar é autorizar a coisa que se quer proibir.”

(THOMAS PAINE)

1. INTRODUÇÃO

Estatui o Código Penal brasileiro:

“Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

.....”

(*) Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e Professor de Direito Constitucional da PUC-Campinas

O comando, que prevê uma das espécies de **roubo circunstanciado**, tem suscitado interessante contenda acerca da abrangência da palavra “arma” nele inserida. Não raras as hipóteses em que o salteador, aparelhado com instrumento objetivamente inócuo, mas arremedando arma de fogo verdadeira (em geral, revólver e pistola), toma a vítima de assalto e, anunciando-lhe o roubo, acaba por ameaçá-la de morte em caso de resistência, para, em seguida, lograr êxito em seu intento abjeto.

Problema, que inspira o presente trabalho, é descobrir se o emprego de arma de brinquedo pelo ladrão, durante a abordagem da vítima, tem ou não força para determinar, de maneira obrigatória, o suplemento da punição, nos termos do art. 157, § 2º, inciso I, do CP.

Instaurada a polêmica, são de pronto visualizados dois ideários antagônicos, os quais, partindo de proposições diversas, encontram soluções díspares, uma autorizando (*teoria subjetivista*), outra não (*teoria objetivista*), o acrescentamento expiatório. Suas ponderações - como sói acontecer entre os cintilantes juristas que as subscrevem - vêm vestidas de inteligentes argumentações, o que coloca seus leitores num balanço vertiginoso, ora tendendo a uma, ora a outra, de acordo com o momento em que se depararam com cada qual das exposições teóricas.

O desenvolvimento e a crítica dessas lições, como a adição de pequeno contributo à pesquisa, são as finalidades deste escrito.

2. TEORIA SUBJETIVISTA

Para o número maior dos hermeneutas, o vocábulo “arma” tem extensa aplicação, envolvendo inclusive as chamadas “armas de brinquedo”. Vale dizer: caso o ladrão se utilize de contrafação, que, por sua forma, instile, no espírito da presa, fundado amedrontamento, ainda que imaginário, concretizar-se-á a referida causa especial de aumento de pena.

A primeira escola toma por base o **elemento psicológico**: para que a majorativa seja reconhecida, basta a vítima supor a autenticidade do instrumento perante si brandido pelo sujeito ativo. Esposa-se a tese de que a norma repressiva sob comento ordena apreciação *a parte subjecti*: importa a “realidade do temor” que domina o ofendido; não a “realidade da coisa” empregada à guisa de intimidação.

É a posição assumida pela maioria dos Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“Se houve intimidação da vítima por não saber que se tratava de arma de brinquedo, justifica-se o aumento de pena a que alude o art. 157, parágrafo 2º, I, do Código Penal.”¹

“Desde que a arma utilizada pelo agente ativo intimide a vítima, embora não idônea para a realização da violência ou ameaça, justifica a majorante da pena no delito de roubo.”²

A interrogação foi também submetida à análise do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que, após a reiteração de vários julgados, assim sumulou:

“No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena.”³

3. TEORIA OBJETIVISTA

Contudo, é honesto dizer que há quem discorde:

“Constatada, mediante exame pericial da arma utilizada no roubo, a impossibilidade de produzir disparos, descabe a observância da causa de aumento do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal. O quadro é semelhante àquele revelado pelo emprego de arma de brinquedo, valendo notar que não se pode colocar na vala comum situações concretas em que a potencialidade do risco tem gradação diversa. A hipótese está

compreendida pelo *caput* do citado artigo, no que cogita da grave ameaça, isto considerada a óptica, da vítima, decorrente das aparências.”⁴

Para essa segunda corrente, há que se perquirir do **elemento realístico**: a majorante só sucede se a arma reúne condições materiais para o lançamento apropriado de projéteis. Aqui, o texto legal é encarado *a parte objecti*: desmerece-se o pavor interno da vítima, para se recorrer à potencialidade lesiva *in concreto* do artefato; ausente esta, a conduta do agente não extrapolaria os lindes da definição do roubo em sua modalidade fundamental.

4. CRÍTICAS ÀS TEORIAS TRADICIONAIS

Ouso discordar, a despeito da magnitude dos signatários dos arestos *ut supra*, de ambas as linhas, no que tange ao plano *argumentativo*, muito embora, no campo *eficacial*, seja compelido a me filiar à vertente psicologista, ou seja, a afirmar que, em face do emprego de arma de brinquedo no roubo, o sistema regente obriga o Juiz a recrudescer a resposta estatal ao delito. Explico-me.

Não me convence a arguição de que a lei criminal teria prestado tamanha reverência ao estado anímico da vítima. A avaliação é arbitrária, na medida em que desprovida de eloquência no Estatuto Penal aborígene, apresenta-se mais como invocação dramática, que se pretende suficiente ao enchimento do pretenso vácuo legislativo.

Falta-lhe solidez, ante a contradição que a arruína. Assevera que o *sentimento de medo*, em que mergulha aquele que, por lapso, crê na genuinidade da arma que lhe é apontada, dá azo à tipificação do impropriamente chamado **roubo qualificado**, com fulcro no art. 157, § 2º, I, do CP. Ora, é exatamente esse *sentimento de medo* que se ergue na elementar da “grave ameaça”

catalogada na descrição do **roubo simples**, em consonância com o que reza o *caput* do enunciado. Então, há como que um *salto quântico*, pulando-se imponderavelmente da “cabeça” para o “parágrafo” do artigo, sem que a tal corresponda mudança de alicerce valorativo: a isolada e extrema inquietude do sujeito passivo estaria justificando, ao mesmo tempo, duas acepções entre si inconfundíveis. A Lógica com isso não se compraz.

Remata-se com um contra-argumento irresponsável: assentado que a *arma fictícia* “qualifica” o roubo tão-só por sua simples capacidade de infundir terror na vítima, ter-se-ia, também, por inarredável, de majorar a reprimenda caso a ameaça fosse exercida mediante *simulação de porte de arma*, porque, em si, a noção de subjugação, de que o ofendido, aqui, erroneamente cogita, é idêntica àquela. Ou seja, um dedo esticado sob a camisa, por equivaler à exibição de arma de brinquedo, determinaria o aumento da apenação entre um terço e a metade. Parece-me uma conclusão inaceitável.⁵

Quem *simula* estar armado, armado *não está*; e, sem que o agente esteja armado, não se perfaz a condicionante do “emprego de arma”, por ausência física do instrumento (real, lúdico ou simulacro). A simulação de porte de arma para o cometimento de roubo é atípica em relação à majorante, devendo subsumir-se a ação à modalidade fundamental do delito (art. 157, *caput*, do CP). Pois, se o ingrediente psicológico do lesado possuísse grau tão alto de substância, recair-se-ia no *nonsense* da punição por roubo circunstanciado caso a vítima, tomada de histeria diante da abordagem, simplesmente *imaginasse* a presença de arma, sem que o larápio gesticulasse com propriedade nem tivesse, *a priori*, a intenção de a declarar.

Tampouco me convence a opinião materialista construída a partir da equiparação natural da “arma de brinquedo” à “arma ineficiente” (defeituosa ou descarregada). A assemelhação, que se força para elidir a majoração da penitência, acaba, na verdade, por

ocasionar efeitos exatamente opostos, consoante será visto mais adiante. O tiro sairá pela culatra...

A afinação sob esse diapasão conduziria a sérios transtornos. A uma, porque o reconhecimento da majorante do emprego de arma no roubo sempre estaria na dependência da apreensão e exame do artefato, com enormes embaraços práticos à aplicação do tipo penal; a duas, porque, implicando traição ao escopo da política criminal, geraria o enfraquecimento da missão repressiva do Estado e propiciaria, com certeza, a impunidade relativa do criminoso.

5. CONCEITO DE ARMA

Pois bem! *Quid juris?*

Com a devida licença, alvitro que o *punctum pruriens* da discussão encontra-se alhures. Há que se investigar, adequada e cientificamente, o alcance da expressão “arma” contida na disposição regravada (art. 157, § 2º, I, do CP).

No *Léxico*, **arma** é “instrumento ou engenho de ataque ou de defesa”.⁶ Trata-se de generalidade conglomerando um sem número de espécies, tais como: “arma de fogo” e “arma branca”; “arma biológica”, “arma nuclear” e “arma química”; “arma automática”, “não-automática” e “semi-automática”; “arma de repetição” e “de retrocarga”; “arma de arremesso”; “arma de dois gumes”; “arma de curar ataques”; “arma raiada” (ou “estriada”); etc....

Na *Doutrina*, costuma-se fixar a diferenciação entre “arma própria” e “arma imprópria”. Assegura que, *lato sensu*, **arma** é todo instrumento material com capacidade de propiciar ao ser humano condições para um acometimento ou sua repulsa. Desde que se preste o objeto, preponderante e useiramente, àquele sentido teleológico, receberá a denominação de **arma própria** (ou

stricto sensu); caso contrário, confeccionada para finalidade outra, porém servindo, extraordinariamente e por desvio dela, como meio vulnerante de investida, ou resistência, estar-se-á diante de uma **arma imprópria**.

Confira-se a preleção acertada: “*Armas próprias* são os objetos, instrumentos, máquinas ou engenhos, com potencialidade ofensiva, fabricados para servirem como meios de ataque ou de defesa. *Armas impróprias*, tudo aquilo que, não sendo fabricado especialmente para servir como instrumento de ataque ou de defesa, pode eventualmente ser utilizado para esse fim. Tudo que sirva para matar ou ferir, poderá ser utilizado como arma, embora não seja esse uso a principal destinação do objeto, como acontece com uma foice, um machado, um ancinho, instrumentos agrícolas que se podem converter em arma.”⁷

Os dicionários e a *communis opinio doctorum* apenas nos oferecem pistas; contudo, importa conferir se tais significações são perfeitamente adaptáveis ao rigor da nomenclatura jurídica vigente.

Já no *Direito*, pode-se declarar, sem preocupação com a redundância, que **arma** é aquilo que a lei grafa como tal. Cuida-se de substantivo concreto ao qual a legislação adere qualificações, impondo-lhe - como se vê em seguida - ordem classificatória.

6. TEORIA NORMATIVISTA

Dentre outros atos normativos, dispomos de um Caderno Legal que “... estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências.” Trata-se da Lei Federal nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Além do conceito tradicional de **arma de fogo**, sob as categorias de “uso permitido”, “proibido” e “restrito”, e de artefatos análogos (art. 10, *caput*, §§ 2º e 3º, III, e art. 11), nela estão disciplinadas duas figuras inéditas: a) a **arma de brinquedo**, produto industrial com

forma de arma, mas destinado ao entretenimento, sobretudo infantil;
b) o **simulacro de arma**, objeto artesanal imitativo de arma verdadeira (art. 10, § 1º, II, e art. 15).⁸

Por conta disso, pode-se especular sobre a natureza da “arma de brinquedo”. Na aceitação popular, “arma de brinquedo” não é arma; é *brinquedo*.⁹ Entretanto, na concepção jurídica, “arma de brinquedo”, desde que utilizada para o fim de cometer crimes, não é brinquedo; é *arma*.¹⁰ E como “arma” deve ser tratada para todos os efeitos penais, incluindo, obviamente, a configuração da circunstância aumentativa da pena no roubo.

“O juiz atribui aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar; porque se presume haver o legislador, ou escritor, usado expressões comuns; porém, quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica.”¹¹ A regra hermenêutica se impõe com maior tensão no Direito Penal, em face da sua excepcionalidade.

Logo, existe, perante nosso Direito Positivo, uma unidade jurídico-ontológica entre **arma de fogo** (ainda que enguiçada ou desmuniçada) e **arma de brinquedo** (da qual o “simulacro de arma” se avizinha): ambas são **armas**, posto que no mundo dos fatos mantenham plena diferença e evidente gradação. Daí a falha paralogística em que incorre o realismo: quando, à guisa de eliminação da causa majorante, faz coincidirem “arma de brinquedo” e “arma de fogo ineficiente”, acaba por brindar a tese que o combate, porquanto a arma de fogo, embora inidônea, por defeito mecânico ou ausência de munição, recebe a mesma disciplina legal do instrumento eficiente.

Claro que a falsificação não poderá ser grosseira a ponto de despertar, na vítima, a percepção *ictu oculi* da inidoneidade do objeto empunhado pelo ladrao, sob pena de se arrogar em *ineficácia absoluta do meio* empregado (cf. art. 17 do CP) e ocasionar a descaracterização da elementar da “grave ameaça”.

Assim, também, a ação deverá ocorrer sob situação concretamente facilitadora do engano.

Ademais, no uso da arma de brinquedo para o roubo há um nítido desvirtuamento da *causa finalis* do objeto, com competência para que mesmo o homem de entendimento mediano a desacredite como pura peça de recreação: da inocência do divertimento passa-se à delinquência, galga-se o ultraje à lei.

Saliente-se uma dedução final: se o porte de “arma de brinquedo”, nas condições do art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97,¹² é, indubitavelmente, erigido em *crime autônomo*, com maior razão e sem menores empecilhos poderá funcionar como simples *causa majorante* de crime patrimonial (cf. arts. 157, § 2º, I, e 158, § 1º, do CP).

7. TRATAMENTO PENAL

Deve-se ressaltar que a intimidade psíquica do ofendido e a impropriedade da arma utilizada pelo agente no roubo não são elementos de todo desprezíveis. Em absoluto, não devem ser negligenciados pelo juiz da sentença, particularmente por ocasião do cálculo da punição e da escolha do regime prisional.

Em aplicação do “princípio da necessidade e suficiência do resgate estatal” (cf. art. 59 c/c art. 68 do CP), o Magistrado fixará a pena-base considerando os limites de reprovação e prevenção do crime, devendo acrescê-la ao perceber um maior sofrimento psicológico da vítima.

Mais astuto do que propriamente perigoso, o sujeito ativo do crime, assim executado, poderá, à míngua de circunstâncias contrárias, iniciar o desconto da reprimenda em modelo *semi-aberto* (cf. art. 33, § 2º, b, do CP). Em verdade, ele não age na “mão grande”, por faltar virtualidade ofensiva ao

mecanismo alardeado; atua artificialmente, e, no plano objetivo, não submete a presa a um risco de morte *in concreto*. Sua personalidade anti-social, conquanto presente, é notoriamente mitigada, merecendo a imposição de regime mais brando que o fechado (cf. art. 33, § 3º, do CP).

O ofendido não ficaria mais tranqüilo logo ao ser inteirado sobre a ineficácia da arma? Por acaso, não seria mais reprovável a ação do assaltante que, desarmado, espancasse a vítima com extrema e bárbara violência?

8. CONCLUSÕES

Em breve síntese, podem-se arrolar as seguintes conclusões extraídas das premissas acima expostas:

a) a **teoria objetiva**, que, no caso de emprego de “arma de brinquedo”, recomenda o afastamento da majorante impressa no inciso I, do § 2º, do art. 157, do CP, peca pela inconsistência, por pressupor distinção entre coisas *tecnicamente* indiferenciáveis (“arma de fogo”, “arma de brinquedo” e “simulacro de arma”);

b) a **teoria objetiva** estorva em demasia a aplicação da norma repressiva;

c) a **teoria subjetiva**, que, ao contrário, aconselha a elevação da pena, atinge fecho correto, apesar de estribar-se em argumentos inconvincentes, já que se firma, *exclusivamente*, em pressuposto (“temor da vítima”) que é comum ao *caput* do art. 157 do CP (“grave ameaça”);

d) a **teoria subjetiva** não consegue explicar a inviabilidade do acréscimo punitivo no caso de simples *simulação* de porte de arma pelo larápio;

e) **arma** é conceito jurídico e vem definido pela Lei 9.437/97, enlaçando as figuras diversas;

f) por conseguinte, “arma de fogo”, “arma de brinquedo” e o “simulacro de arma” são, *ex vi legis*, classificados como **armas**, para todos os efeitos penais;

g) **sob o ângulo normativo**, praticado com “arma de brinquedo”, o roubo se vê *circunstanciado*, por aplicação extensiva do art. 10, § 1º, II, da Lei 9.437/97;

h) **sob o ângulo lógico**, obtém-se idêntico efeito prático, porquanto não seria coerente a incriminação soberana do “porte de arma de brinquedo”, para o cometimento de infrações penais, e a sua inabilitação como mero incremento do castigo;

i) é necessário que o instrumento fictício contenha um mínimo de aparência com arma real, além do que tenha o delito sido cometido em ambiência fática apta ao êxito do fingimento (local, horário, luminosidade, estado intelectual e emocional da vítima, etc...); e

j) no anexo das conseqüências do crime de roubo com arma de brincadeira, a pena-base poderá ser aumentada; contudo, *in principio*, o regime prisional mais adequado é o semi-aberto.

NOTAS

(1) Cf. **STF**, 2ª Turma, Min. Moreira ALVES, *RECrn*º 90.031/SP - DJU 5/10/79, p. 7.445 (*RTJ* 95:299). Idêntica redação em **STF**, 2ª Turma, Min. Cordeiro GUERRA, *RECr* nº 99.036/SP - DJU 11/3/83, p. 2.478 (*RTJ* 106:838).

(2) Cf. *RTJ* 90:338.

(3) Cf. *Súmula* nº 174.

(4) Cf. **STF**, 2ª Turma, Min. Marco AURÉLIO, *HC* nº 70.534/RJ - DJU 1º/10/93, p. 20.215.

(5) Logo, penso equivocada a suposição - baseada na proeminência da “eficácia psicológica” sobre a “eficiência da arma” - a que chegaram alguns segmentos do Poder Judiciário paulista (“... a simulação de porte de arma de fogo ou o porte e exibição de arma de brinquedo, um e outra caracterizam a situação inscrita no inc. I, § 2º, art. 157, CP.” - cf. **TACRIM/SP**, 11ª Câmara, Juiz Ricardo DIP, *Ap. Crim.* nº 1.198.227-5, em 10/4/00, fls. 117) e o festejado jurista Luiz Vicente CERNICCHIARO (“O que conta não é arma em si, mas intimidação do ataque.” (v. *Questões Penais*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p. 110).

- (6) Cf. Aurélio Buarque de HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2ª ed., s/d., verbete "Arma".
- (7) Cf. Manoel Pedro PIMENTEL, *Contravenções Penais*, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1975, p. 114). Outra distinção: só a **arma própria** é passível de licença da autoridade para o porte legal, condição inviável em relação à **arma branca**. "As chamadas *armas brancas* (...) não podem ser chamadas de armas próprias, senão quando fabricadas para servir a esse fim. Assim, as facas, os facões, os machados, as 'peixeiras', não são armas *próprias*, enquanto que as lanças, os punhais, podem ser considerados como incluídos nesta categoria." (cf. Manoel Pedro PIMENTEL, *op. cit.*, p. 115).
- (8) Relevante assinalar que essa norma incriminadora não é extensível às chamadas **armas brancas**. A despeito de não haver - contrariando, na aparência, o modelo redacional empregado no restante dos dispositivos - vinculado literalmente as classes de "arma de brinquedo" e "simulacro de arma" às **armas de fogo**, o Legislador não fugiu à epígrafe que introduz o texto legal, Socorre-se, aqui, do "critério do justo": seria, *ad exemplum*, iniquidade a apenação, como **crime**, do porte ilegal de faca fictícia, em contraste com o porte ilegal de faca verdadeira, punível como mera **contravenção**, de acordo com o que reza o art. 19 da LCP, que, em relação às armas brancas, remanesce hígido.
- (9) No terreno ordinário, os termos "arma" e "brinquedo" são intelectivamente inconcordáveis. Guardam entre si uma antinomia que impede a adjetivação de um pelo outro, a não ser pela intervenção da fantasia que comanda a atividade lúdica.
- (10) Aqui, a inconciliação ideativa desaparece, por assumir conotação muito particular.
- (11) Cf. Carlos MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 9ª ed., 1979, p. 109.
- (12) *In verbis*:
 "Art. 10.:
 Pena - detenção de um a dois anos e multa.
 § 1º
 § 2º Nas mesmas penas incorre quem:
 I -
 II - utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes;
"