

*O tipo penal de utilização de arma de brinquedo,
ou simulacro de arma, na Lei nº 9.437/97*

MARCELLUS POLASTRI LIMA (*)

O art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437, de 20.02.97 – que define crimes relativos às armas de fogo – desde a sua vigência, vem causando perplexidade entre os intérpretes do Direito Penal.

Dispõe o referido dispositivo que constitui crime, punido com detenção de um a dois anos e multa:

“II – utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes.”

Parece evidente que o legislador visava erigir em tipo penal a interpretação da Súmula 174 do STJ, que considerava como qualificadora do roubo a utilização de arma de brinquedo na grave ameaça.

Posição de que, com a devida vênia, sempre ousamos discordar, já que o § 2º, inciso I, do art. 157 do CP, se refere à utilização de arma, e, como tal, não se pode entender uma reprodução de brinquedo ou mesmo um simulacro, mesmo que intimidasse a vítima, sob pena de quebra do princípio da *reserva legal* estampado na Constituição Federal (art. 5º, XXXIX) e no art. 1º do CP, da qual resulta a *taxatividade* do tipo penal.

Esta, aliás, já era antiga discussão travada pelo doutrina, sendo que, no sentido da não configuração da qualificadora, se posicionavam DAMÁSIO DE JESUS, HELENO FRAGOSO e outros, e, pela possibilidade de adequação à qualificadora, tínhamos a doutrina de NELSON HUNGRIA e MAGALHÃES NORONHA, que, a nosso ver, não era a melhor corrente, pois, de acordo com CELSO DELMANTO:

“Embora, atualmente, predomine a jurisprudência que reconhece a qualificadora no emprego de arma de brinquedo, não estamos convencidos de seu acerto. A arma de brinquedo, sem dúvida, pode servir à caracterização da grave ameaça do roubo **simples** (*caput* e § 1º), mas não para configurar a qualificadora, que é objetiva e tem sua razão de ser no peri-

go real que representa a arma verdadeira. Se à qualificadora bastasse a intimidação subjetiva da vítima com a arma de brinquedo, coerentemente não se deveria reconhecê-la quando o agente usa arma real, mas o ofendido acredita ser ela de brinquedo... Além do mais, não se pode equiparar o dolo e a culpabilidade do agente que emprega arma de brinquedo com o de quem utiliza arma verdadeira.”⁽¹⁾

Ocorre que, uma vez tipificada em lei a conduta de quem utiliza a arma de brinquedo, ou simulacro de arma, para cometer crime, a discussão acima perderia a razão de ser, e esta nos parece ter sido a intenção do legislador da Lei nº 9.437/97, influenciado pela Súmula 174 do STJ.

Porém, não foi feliz o legislador e, desta forma, como recentemente tem ocorrido em outras leis penais, acabou por elaborar um dispositivo que raramente poderá ser aplicado, como procuraremos demonstrar.

Para FERNANDO CAPEZ, trata-se de um tipo *natimorto*, pois o legislador empregou o verbo *utilizar*, quando queria dizer *portar* e, ao final, incluiu a palavra *crimes* ao invés do singular *crime* e, além disto, nos casos de concurso de crimes, irá ocorrer ofensa ao princípio da consunção, em verdadeiro *bis in idem*, resultando no fato de que, quando praticado um delito com arma verdadeira, teríamos **um** só crime, e, uma vez praticado com arma falsa, **dois** crimes, em flagrante injustiça.

E fulmina o citado autor:

“Não se utiliza arma com o fim de cometer crimes, mas, ao contrário, durante o seu cometimento, na sua execução... para o *fim de cometer crimes*, refere-se à idéia futura ... O porte da arma de brinquedo é a situação presente, aquela que a lei, aparentemente, pretendia incriminar ... a utilização da arma, portanto, implica emprego momentâneo, ou seja, na execução do próprio delito ... como se daria a incidência do tipo? Este somente teria incidência quando o agente executasse algum crime, servindo-se, para tanto (utilizando), de arma de brinquedo durante a execução ... o agente teria de responder ... em concurso com o delito efetivamente praticado ocorreria evidente ofensa ao princípio da consunção ... equivaleria a castigá-lo duas vezes ... se, no entanto, utiliza arma verdadeira, somente respon-

⁽¹⁾ DELMANTO, CELSO. *Código Penal Comentado*. (3ª ed.). São Paulo, ed. Renovar, 1991, p. 157.

de pelo delito cometido. Por essa interpretação, é mais vantajoso cometer um crime com arma de verdade do que de brinquedo ... Finalmente ... não há que se confundir a utilização da arma com o fim de cometer crimes (dois ou mais) com seu emprego no cometimento de uma única infração penal ... só nos resta lamentar e considerar o tipo *natimorto*, ou seja, ineficaz desde sua entrada em vigor" ⁽²⁾.

DAMÁSIO DE JESUS, por outro lado, argumenta que a interpretação irá depender da corrente adotada em relação à qualificadora do delito de roubo, e conclui que, para aqueles que entendem que arma de brinquedo é arma, existirão duas correntes, *verbis*:

"1 – não se aplica o art. 10, § 1º, II, da Lei nova, e sim o art. 157, § 2º, I, (princípio da subsidiariedade implícita). As elementares do crime autônomo (art. 10, § 1º, II) funcionam como circunstâncias legais específicas do roubo. Para esta corrente, não foi cancelada a Súmula 174 do STJ;

2 – há concurso de crimes entre o roubo e o tipo especial (art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97). Aqui, poderão formar-se duas posições: 1 – concurso material; 2 – concurso formal. Para essa corrente, a Súmula 174 do STJ foi cancelada."

E arremata o ilustre jurista com a formação da segunda corrente, ou seja, a daqueles que não consideram arma de brinquedo propriamente arma, em face da qualificadora de roubo, e que sempre foi, coerentemente, sua posição:

"o emprego de arma de brinquedo ou simulacro de arma integra o roubo simples (art. 157, *caput* ou § 1º), funcionando como meio de execução da ameaça. Arma de brinquedo não é arma (art. 157, § 2º, I, do CP). E não se aplica o art. 10, § 1º, II, da lei nova, uma vez que é inconstitucional, ofendendo o princípio da lesividade. Os delitos da Lei nº 9.437/97 atingem a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadãos. Essa objetividade jurídica não é ofendida no emprego de arma de brinquedo." ⁽³⁾

⁽²⁾ CAPEZ, FERNANDO. *Arma de Fogo*. São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 437/50.

⁽³⁾ JESUS, DAMÁSIO E. "Porte ilegal de arma. Observações preliminares", in *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, 5. São Paulo, 1997, p. 20.

JULIO FABRINI MIRABETE, por sua vez, de maneira lúcida, como lhe é peculiar, conclui que bastaria o legislador, querendo resolver o impasse entre STJ e STF sobre a qualificadora no roubo mediante o uso de arma de brinquedo, acrescentar um novo inciso ao § 2º do art. 157, do CP, e aponta, além de dificuldades práticas no caso de concurso do novo tipo penal com o crime de roubo qualificado, a evidência de que o novo dispositivo é genérico, também se aplicando na prática de outros delitos, e conclui:

“De maneira genérica incrimina-se como crime autônomo a conduta de quem utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma para o fim de cometer qualquer crime ... Suponha-se a prática de um crime de estupro praticado por meio de ameaça consistente na utilização de arma verdadeira. Não prevendo o art. 213 do Código Penal qualquer qualificadora, a pena mínima para o autor do delito é a prevista neste dispositivo, ou seja, seis anos de reclusão. Suponha-se, porém, que a ameaça é realizada com a utilização de arma simulada. Nesse caso, haveria um concurso formal próprio dos dois delitos: o do estupro e o de utilização de arma de brinquedo, obrigando que, por força do art. 70, *caput*, do Código Penal, ao se aplicar a sanção mínima, a pena do estupro seja aumentada de um sexto, ou seja, de um ano, num total, portanto, de sete anos de reclusão... a solução só pode ser uma interpretação restritiva fundada na *ratio legis* ... Assim, o art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437 só pode ser aplicado quando para o crime praticado pelo agente se prevê, no Código Penal, a majorante da utilização de arma verdadeira ... ” (4)

Realmente, o legislador foi de extrema infelicidade, não logrando êxito em realizar seu intento, pois, s.m.j., tencionava punir verdadeiro ato preparatório, a exemplo do crime de bando ou quadrilha do art. 288 do CP.

Assim, para chegar ao seu desiderato, deveria se utilizar do verbo do tipo *portar* ou mesmo *trazer consigo* e nunca o verbo *utilizar*, pois, ao constar do tipo tal verbo, só haverá crime quando o agente utilizar arma de brinquedo na utilização de outro crime.

(4) MIRABETE, JÚLIO FABRINI. “A utilização de arma simulada para a prática de crimes: reflexões sobre a Lei nº 9.437/97”, in *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*. São Paulo, 10, 1997, pp. 16/18.

A intenção era punir aquele agente que, indubitavelmente, trazia consigo ou portava arma de brinquedo para o fim de cometer outro delito, a exemplo da associação para cometer crimes do art. 288 do CP.

Porém, com o verbo do tipo *utilizar*, nunca poderão ser punidos atos preparatórios para a prática de crime ou crimes.

No entanto, não comungamos da opinião de FERNANDO CAPEZ de que o tipo nunca terá aplicação, e não pensamos, como DAMÁSIO DE JESUS, que o tipo em questão só terá relevância em face das correntes adotadas em relação ao crime de roubo.

Melhor a interpretação de MIRABETE, pois é evidente que o tipo é genérico, e que sua utilização só poderá se dar em concurso com aqueles tipos do Código Penal que *prevêem* a qualificadora ou causa de aumento de pena relativo ao uso de arma de fogo, ou seja, os delitos de *constrangimento ilegal* (art. 146, § 1º, do CP), *roubo* (art. 157, § 2º, I, do CP), *extorsão* (art. 157, § 1º, do CP) e outros que venham a ser tipificados.

Com efeito, a aplicação do dispositivo, em vista do verbo *utilizar*, só é possível quando da execução de outro delito, o que leva à inevitável conclusão de que deve ser aplicado o *concurso formal de crimes* entre o crime efetivamente praticado com a arma de brinquedo, ou simulacro de arma, e o dispositivo da nova lei.

Ora, a se aplicar o concurso formal com delitos que, originalmente, não contemplem a qualificadora ou causa de aumento de pena de uso de arma verdadeira, chegaríamos à aberrante conclusão de MIRABETE, ou seja: praticado um estupro (*v. g.*) com arma verdadeira, a pena seria menor do que praticado com arma de brinquedo.

Porém, naqueles casos em que o Código Penal ou Lei Penal Especial já prevê o aumento ou qualificação do delito por uso de arma de fogo verdadeira, agora, com o uso da arma de brinquedo ou simulação de arma, também é possível o acréscimo na pena, mas em face do concurso formal com o tipo do art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97.

Somente um reparo se faz à lúcida conclusão de MIRABETE: o legislador refere-se, no final do dispositivo, a crimes (no plural) e não a crime (no singular), e, assim, resta-nos indubitável que o agente só poderá ter contra si o acréscimo do concurso formal *se utilizou a arma de brinquedo ou simulacro de arma para a efetivação de mais de um crime, para os quais, originariamente, sejam previstas qualificadora ou causa de aumento de pena, em face de utilização de arma verdadeira.*

Outra conclusão iria contra a letra da lei, atingindo o princípio constitucional da reserva legal e da taxatividade da lei penal e, tal qual no crime de bando ou quadrilha, a utilização da arma de brinquedo, ou simulacro de arma, (naquele tipo, a associação) deve sempre atender à exigência típica – para o fim de cometer crimes e não *um só crime* – como é cediço na doutrina e jurisprudência em relação ao delito de bando ou quadrilha, que possui elemento típico idêntico.

Portanto, o novo tipo penal só poderá ser aplicado em concurso formal, *v.g.*, no caso de o agente utilizar a arma de brinquedo, ou simulacro de arma, na prática de mais de um crime de roubo ou de outro delito em que esteja prevista, originalmente, qualificadora ou causa de aumento de pena relativa à utilização de arma verdadeira.

Acrescente-se que o dispositivo da nova lei erige como elemento normativo a exigência da arma de brinquedo ser capaz de atemorizar a vida (ou outrem), o que deve ser aferido no caso concreto.

Não procede, também, a nosso juízo, a objeção de que o novo dispositivo ofenderia o princípio da lesividade, pois, se assim fosse, outros tantos de nossa legislação seriam inaplicáveis, como, *v.g.*, o delito do art. 288 do CP (bando ou quadrilha).

Ademais, não procede a alegação de que tal princípio estaria sendo ofendido em vista de que a objetividade jurídica da lei é a incolumidade pública.

Conforme MIRABETE:

"A objeção, a nosso ver, não procede, porque nada impede que uma lei penal, ainda que especial, vise à proteção de interesses jurídicos diversos. A utilização de arma simulada, embora não lese a incolumidade pública, é certamente idônea para que se perpetre a ameaça como elemento constitutivo de inúmeros delitos em que há lesão a bens jurídicos diversos..."⁽⁵⁾

A conclusão aqui esposada não deve ter sido a meta ou intenção do legislador, mas, porém, o Direito Penal, dado o seu caráter fragmentário e principalmente pelo fato de ser atrelado às garantias constitucionais, como, *v.g.*, o princípio da reserva legal, não pode admitir interpretação analógica, ferindo o caráter da taxatividade, em prejuízo do agente, sendo que o legislador deveria melhor se assessorar na elaboração de leis penais, o que não é difícil em um país pródigo em juristas de qualidade.

⁽⁵⁾Obra citada, p. 18.

^(*)MARCELLUS POLASTRI LIMA é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro; Professor de Processo Penal do CIAJ – Centro de Informação e de Atualização Jurídica; Professor de Direito Penal da Universidade Estácio de Sá.