

O SIMULACRO DE ARMA NO ROUBO

Dr. Everards Mota e Matos ()*

O uso de qualquer objeto simulador de arma - como o de brinquedo - sempre serviu para caracterizar a "grave ameaça", circunstância necessária à tipificação do roubo na subtração de bens alheios. Quando "a violência ou ameaça é exercida com o emprego de arma", incide-se a causa especial de agravamento de pena, prevista no inciso I, do § 2º, do art. 157 do CP. A discussão a respeito girava sobre a possibilidade ou não de o uso da arma de brinquedo servir-se como tal. Com o advento da Súmula nº 174 do STJ a circunstância passou a ser admitida sem maiores discussões dado o efeito vinculante tácito do enunciado sumular, no seguinte sentido, verbis: "Nos crimes de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena."

Na trilha do mesmo entendimento, via da Súmula nº 11, sancionou-se o Eg. TJDF, esclarecendo a presença, para a possibilidade de incidência de causa, da ignorância da vítima quando a falta de potencialidade ofensiva da arma, verbis: O emprego de arma de fogo ineficiente, descarregada ou de brinquedo, quando ignorada tal circunstância pela vítima, constitui, também, causa especial de aumento da pena na prática do roubo, posto que capazes de causar intimidação."

Com a recente revogação da Súmula nº 174 do Eg. STJ, as discussões relativas tornaram-se mais acirradas, fato antes ocorrido com menor amplitude porque as amarras da Súmula o inibia, em razão do Órgão onde emana, o STJ - Corte a qual compete a interpretação maior do direito infraconstitucional. Certo é que, cientificamente não poderia a norma sumular autorizar ao interprete do Direito Penal estender, pelo uso de uma arma de brinquedo ou, simulacro, os mesmos efeitos e razões do uso de uma arma verdadeira e, como tal colocar aquela em posição de igualdade com esta para, analogicamente, alçá-la, também, à condição da causa especial de aumento da pena de roubo. Ora, "por armas se deve entender não só as propriamente ditas como tais em sentido técnico (especialmente destinadas ao ataque ou defesa) como qualquer instrumento apto a lesar a integridade física" - Nelson Hungria - Comentários ao art. 157 do CP e seus parágrafos - Forense - vol. VII. Como a arma de brinquedo ou qualquer outro simulacro de arma não possui potencialidade ofensiva, desserve como causa especial de aumento da pena do roubo, pois a aparência não tem o condão de torná-la realidade objetiva capaz de produzir os mesmos efeitos. Já nos seus comentários ao Código Penal - Parte Especial - Vol. 02 - Saraiva - Ed. de 1988 - O Professor Paulo José da Costa Júnior já anotara que "a arma fictícia (revolver de brinquedo), idônea à ameaça, não

(*) *Desembargador do TJDF*

basta para qualificar o roubo", isto após conceituar "arma como qualquer instrumento idôneo a vulnerar a integridade física alheia, aumentando o potencial da agressão", indicando residir o fundamento da qualificadora "na maior periculosidade da agressão" - pág. 213, item 05 - Roubo Qualificado. Neste sentido a doutrina é majoritária. Em Direito Penal é proibido o emprego da analogia *in malam partem*, para prejudicar, e, se se fizer equiparação, para dar às duas espécies - arma real e simulada - o mesmo alcance apto à caracterização do aumento da pena ao roubo, estar-se-ia tratando igualmente circunstâncias desiguais. Os efeitos não são idênticos. A intimidação causada pela grave, passível de ser efetivada com qualquer espécie de arma, de seu simulacro, ou mesmo através do gesto dissimulador serve para tipificar o crime de roubo, (advindo da ameaça que se emprega na subtração), isto porque, é esta, como elementar do roubo, de afetação subjetiva, pois alcança a capacidade de resistência, o poder de agir na vítima. Já a mesma arma simulada não pode servir, também, no mesmo fato, como causa especial de aumento da pena porque, apesar de possuir capacidade de intimidação, não possui a necessária potencialidade ofensiva como circunstância objetiva apta à qualificação do crime (o roubo). Se se admitir o duplo efeito indicado, estar-se-ia admitindo a incidência dupla de uma mesma causa prejudicial, num odioso *bis in idem*, repudiado pelo Direito Penal mormente quando o fato autonomamente incriminado na Lei das Armas de Fogo, da maneira adiante indicada. Poder-se-ia até argumentar que o roubo com o uso de arma de fogo real, verdadeira, conduziria ao mesmo raciocínio retro, no entanto o óbice inexistente. Isto porque a arma verdadeira além do poder de causar a grave ameaça apta ao roubo, tem ainda, o poder real ofensivo (apto a causar, objetivamente, "risco concreto à vítima"), cuja eficácia, não possuída pela arma de brinquedo, é que a torna suscetível de servir-se, também, como causa de aumento de pena.

Se para a aplicação da pena ou de seu especial aumento, há de se ter lei prévia, certa, escrita e estrita, por força do princípio da legalidade, não se pode dar, ao objeto "arma" alcance extensivo, diverso daquele que a considera como instrumento capaz de lesar à integridade física de alguém, sob pena de se atribuir à causa "qualificadora", interpretação diversa para conseqüente aplicação extensiva, proibida no Direito Penal, onde não tem cabida avaliação prejudicial, do supralegal. Não se pode, ainda, argumentar que, se retirada a circunstância como causa de aumento da pena do roubo, estar-se-ia tornando-a inoperante como conseqüente repercussão na real medida da reprovabilidade. Isto porque o fato está incriminado no art. 10, § 1º, inc. II da Lei nº 9.437/98 - Lei das Armas de Fogo - que pune com detenção de um a dois anos e multa quem "utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de aterrorizar outrem, para o fim de cometer crimes". Ora, nos termos do disposto no art. 61 do CP a circunstância só serve para agravar a pena quando não constituir crime, sob pena de ser aplicada como tal e como causa agravante, do roubo, portanto, duas vezes. Assim, a prática do roubo com uma arma de brinquedo enseja a aplicação, em concurso formal, de duas normas

incriminadoras, a do art. 157 do Código Penal - roubo simples - e a do art. 10, § 1º, inc. II da Lei nº 9.437/97 - utilização de arma de brinquedo ou simulacro para cometer crimes. Esta norma, face à sua legalidade, é de pronta aplicação como crime autônomo, que afasta, em consequência, a aplicação da mesma circunstância fática como causa de aumento da pena de roubo.

Logo, a arma real, verdadeira, com potencialidade ofensiva, é aquela que serve para intimidar e para causar perigo concreto à vítima, razão esta da causa de aumento da pena, que não alcança a arma de brinquedo porque esta serve apenas para atemorizar. Qualquer outro tipo de arma desprovida objetivamente de capacidade ofensiva, por não possuir potencialidade lesiva, só serve para infundir temor subjetivo às vítimas, mas não como instrumento apto a ofender, causa do agravamento da pena, em razão do risco ou do perigo concreto para a vítima do roubo. A arma de brinquedo é inidônea à tal periclitação por ser absolutamente ineficaz a causação efetiva ou potencial de dano. Já as armas verdadeiras, momentaneamente desmuniçadas ou defeituosas têm sua ineficácia relativa, circunstância esta que, juridicamente, as torna meio concretizador da qualificação do roubo, já que, nos moldes do art. 17 do CP, o crime (no caso a causa de aumento da pena) só é impossível quando o meio utilizado for absolutamente ineficaz. Nestes casos é relevante o exame técnico-pericial aquilizador do alcance, absoluto ou relativo, do poder ofensivo da arma, de sua potencialidade lesiva. Se a arma não for apreendida não terá a defesa como fazer a prova de sua inidoneidade, sendo dela o ônus "quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor" - art. 333, inc. III, do CPC. "A prova da alegação", como sabido, "incumbirá a quem o fizer" - art. 156 do CPP.

Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira na recente obra comum sobre a "Lei das Armas de Fogo" - ed. Revista dos Tribunais de 98, ao indicarem ter a arma de brinquedo ou qualquer outro simulacro de arma relevância penal para a configuração do roubo ou de qualquer crime outro que exija a grave ameaça no seu cometimento, frente à sua capacidade intimidativa, concluem que "pretender, no entanto, que essa mesma arma (ou simulacro) tenha qualquer outra extraordinária relevância penal v.g. para aumentar a pena de roubo, para configurar delito autônomo etc. parece extremamente exagerada, porque então rompido está o eixo de sustentação do direito que é a razoabilidade, o equilíbrio, a proporcionalidade" - in obra citada. Sendo diversos os efeitos possíveis de serem causados pela arma e pelo seu simulacro, diversas também devem ser as consequências jurídicas aptas à medida da respectiva censurabilidade.

