

Cancelada a Súmula nº 174 do Superior Tribunal de Justiça: agravação da pena em razão do emprego de arma de brinquedo na execução do crime de roubo.

DAMÁSIO E. DE JESUS
Professor de Direito Penal

Nos termos do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, a pena deve ser agravada de um terço até metade *“se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma”*.

E quando se trata de arma de brinquedo (“arma finta”)?

Há duas orientações:

1ª) *o emprego de arma de brinquedo não agrava a pena do roubo*: RT, 580/464, 591/360 e 667/305; JTACrimSP, 76/283, 72/23, 73/222, 75/54 e 202 e 99/275; STF, HC nº 69.515, 1ª Turma, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU, 12.3.1993, p. 3561; RT, 705/416;

2ª) *o roubo é agravado*: RTJ, 106/838, 109/285, 91/179, 95/299 e 103/443; RJTJSP, 14/488 e 40/367; RT, 540/419, 553/349, 555/377, 576/480, 588/439 e 592/434; JTACrimSP, 66/257, 67/258, 69/242 e 79/447; Justitia, 105/181; JTJ, 164/321. Era a orientação da Súmula nº 174 do STJ:

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

Sempre entendemos que o emprego de arma de brinquedo não aumenta a pena

do crime de roubo, respondendo o sujeito pelo tipo simples, sendo inadequada a Súmula nº 174. Nossa argumentação se fundamenta no sistema da tipicidade. O CP somente agrava a pena do delito quando o sujeito emprega *arma*. Revólver de brinquedo não é arma⁽¹⁾. Logo, o fato é atípico diante da circunstância. Caso contrário, por coerência, o porte de revólver de brinquedo constituiria o crime do art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437, de 20.2.1997 (porte ilegal de arma de fogo). Se, no roubo, configura a circunstância “arma”, por que não constituiria a elementar do crime especial? Como disse o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no HC nº 69.515, julgado pela 1ª Turma do STF, em 1º.12.1992, “a melhor doutrina tem oposto crítica demolidora” à tese de que o roubo, na espécie, é circunstanciado⁽²⁾.

A Terceira Seção do STJ, no REsp nº 213.054, de São Paulo, em 24.10.2001, relator o ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, decidiu cancelar a Súmula nº 174, considerando que o emprego de arma de brinquedo, embora não descaracterize o crime, não agrava o roubo, uma vez que não apresenta real potencial ofensivo. Ficou assentado que a incidência da referida circunstância de exasperação da pena:

1º) fere o princípio constitucional da reserva legal (princípio da tipicidade);

2º) configura *bis in idem*;

3º) deve ser apreciada na sentença final como critério diretivo de dosagem da pena (circunstância judicial do art. 59 do CP);

4º) lesa o princípio da proporcionalidade⁽³⁾.

De notar-se que a decisão apenas cancelou a referida súmula, não havendo impedimento a que juízes e tribunais ainda continuem adotando a segunda orientação, que determina o agravamento da pena. Além disso, há o perigo de que, cancelada a mencionada súmula, venham a reconhecer, no roubo agravado pelo concurso de pessoas, o concurso material entre esse tipo e o crime de utilização de arma de brinquedo na execução do fato (art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97). Se isso ocorrer, teremos a seguinte situação: se os assaltantes empregarem arma *verdadeira*, a pena mínima abstrata será de 5 anos e 4 meses de reclusão (art. 157, § 2º, I e II, do CP); se roubarem com *revólver de brinquedo*, aplicando-se a regra do concurso material, a pena mínima abstrata será maior, qual seja, 6 anos e 4 meses de privação da liberdade (5 anos e 4 meses pelo roubo agravado pelo concurso de pessoas e 1 ano pelo crime da lei especial). Então, se os assaltantes receberem a mensagem, irão usar somente armas verdadeiras.

⁽¹⁾ Se revólver de brinquedo fosse arma, haveria roubo agravado pelo concurso de pessoas se o assaltante estivesse acompanhado, em seu carro, de um boneco inflável?

⁽²⁾ DJU, 12.3.1993, p. 3.561.

⁽³⁾ GOMES, Luiz Flávio. STJ cancela Súmula nº 174: *Arma de brinquedo não agrava o roubo*. São Paulo: IBCCRIM, 27.9.2001. Disponível em: www.direitocriminal.com.br. O autor alinha outras conclusões do acórdão.