

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**  
**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**ARTIGO 10, § 1º, II, DA LEI 9.437/97:**  
**INCONSTITUCIONALIDADE E IMPERFEIÇÕES**

**ANTONIO RICARDO COLA COLLETE**

**PRESIDENTE PRUDENTE/SP**

2002

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**  
**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**ARTIGO 10, § 1º, II, DA LEI 9.437/97:**  
**INCONSTITUCIONALIDADE E IMPERFEIÇÕES**

ANTONIO RICARDO COLA COLLETE

Monografia apresentada como requisito parcial  
de Conclusão de Curso para obtenção do grau  
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.  
André Luis Felício.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2002

**ARTIGO 10, § 1º, II, DA LEI 9.437/97:  
INCONSTITUCIONALIDADE E IMPERFEIÇÕES**

Monografia Trabalho de Conclusão de Curso  
aprovado como requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito

André Luis Felício  
Orientador

Gilson Antunes Martins  
Examinador

Paula Pontalti Marcondes Moreira  
Examinadora

Presidente Prudente, 27 de novembro de 2002.

“A aplicação das leis é mais importante que a sua elaboração”

Thomas Jefferson

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado a vida, a oportunidade de frequentar essa faculdade e a chance de realizar esse trabalho. Agradeço também a meus pais e a toda a minha família pelo apoio e incentivo, durante todo esse período em que estive cursando esta faculdade. Ao meu orientador, o Dr. André Luis Felício, pela paciência e amizade com que me tratou nas orientações e no convívio diário. Agradeço, por fim, a meus amigos, que de qualquer forma me incentivaram e contribuíram para a realização deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como meta analisar o novo tipo penal que pretendeu criminalizar a conduta de porte de arma de brinquedo, em face dos princípios constitucionais informadores do Direito Penal moderno e do Estado Social e Democrático de Direito, bem como analisar a confusa técnica de redação da qual se utilizou o legislador para incluir na Lei de Armas o novo tipo penal.

Discutiu-se ainda as verdadeiras funções do Direito Penal e a forma como este tem sido utilizado para a tentativa de solucionar o problema do aumento da criminalidade.

Ao final, concluiu-se que o tipo penal é inconstitucional por afronta aos princípios da ofensividade ou lesividade e da proporcionalidade e sua redação é incongruente e autodestrutiva.

Em suma, seja pela inconstitucionalidade, seja pelos graves vícios em sua redação, o art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97, é inaplicável.

Faz-se, portanto, imprescindível alterar o ordenamento jurídico positivado, para, com isso, garantir-se alguma relevância às armas de brinquedo ou simulacro de arma, somente como causa de aumento de pena, mas, jamais, como delito autônomo.

O autor propôs que essa alteração seja feita nos artigos 146, § 1º; 157, § 2º, I; e 158, § 1º, todos do Código Penal, pois são os únicos delitos aos quais se agrega o emprego de arma como causa de aumento de pena.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arma de Brinquedo - Lei de armas - Inconstitucionalidade - Princípio da proporcionalidade - Princípio da lesividade.

## ABSTRACT

The present conclusive work of the course has as a goal the analysis of the new penal type which intended to penalize the conduct of having a toy gun, in consideration to the constitutional principles which inform about the modern Penal Right, Social State and democratic Right, as well as to analyze the confusing technique of composition of which the law maker has used to include the new penal type into the Law os Weapons.

It was still discussed the real functions of the Penal Right and the way it has been used for the attempt of solving the problem of the increasing of criminality.

At the end, it was concluded that the penal type is unconstitutional due to the principles of the offense or of the damage and of the rate, and its composition is incongruent and auto-destructive.

In short, be it for the non constitutional act, be it for the serious addctions in its composition, the article 10, 1º, II, of the law nº 9.437/97, is non applicable.

It is, somehow, essential to alter the positive judicial management, in order to give guarantee some relevance to the toy guns or copies of guns, that's only for the cause of the penal increasing, but never as a self crime.

The author has proposed this alteration to be done in the articles 146, 1º, 157, 2º, I, and 158, 1º, all belonging to the Penal Code, for they are the only crimes to which the use os weapons as a cause of a penal increasing is attached.

**KEYWORDS:** Toy gun - Law os Weapons - Unconstitutional - Principle of the rate - Principle of the offense.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>1. O DIREITO PENAL E AS CONSTITUIÇÕES.....</b>	<b>11</b>
1.1. Evolução Histórica.....	11
1.2. O Direito Penal e as suas Funções.....	15
1.3. Bem Jurídico Penal.....	19
1.4. Princípios Constitucionais.....	23
1.4.1. Princípio da proporcionalidade.....	25
1.4.2. Princípio da ofensividade.....	27
<b>2. DELITO DE PORTE DE ARMA DE BRINQUEDO.....</b>	<b>30</b>
2.1. Introdução.....	30
2.2. Intenção Legislativa.....	31
2.2.1. Delito de porte de arma de fogo.....	31
2.2.2. Crime de porte de arma de brinquedo.....	33
2.3. Inconstitucionalidade por Ofensa aos Princípios Constitucionais.....	34
2.4. Críticas à Redação do Artigo 10, § 1º, II, da Lei 9.437/97.....	37
2.5. Concurso de Crimes.....	40
2.6. A Nova Orientação do Superior Tribunal de Justiça.....	43
<b>3. PROPOSTA DE LEGE FERENDA.....</b>	<b>46</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfocou um problema relativo ao Direito Penal, no que tange à conduta de quem utiliza arma de brinquedo ou simulacro de arma capaz de atemorizar outrem no cometimento de crimes.

O tema abordado na pesquisa é, no momento, e principalmente após a edição da Lei nº 9.437/97, um dos mais controvertidos problemas enfrentados pelos operadores do Direito.

O emprego de arma de fogo no cometimento de crimes, em especial no de roubo, vem aumentando assustadoramente em nosso país, o que causa uma grande preocupação em toda a sociedade, em face da gravidade de tal conduta.

É notório também, o crescimento da utilização de arma de brinquedo ou simulacro de arma para a prática de crimes, notadamente contra o patrimônio, que também causa grande repulsa em nossa sociedade, já que configura um instrumento de intimidação e que expõe as pessoas à violência.

O legislador não ficou alheio a essa preocupação e incluiu um inciso II no parágrafo 1º do artigo 10 da Lei de Armas: “utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes”, impondo pena igual àquela prevista para o porte de arma de verdade, ou seja, detenção de um a dois anos e multa.

Visou o legislador, além de diminuir o emprego de arma de brinquedo na prática de crimes, acabar com a discussão a cerca da configuração ou não da causa de aumento de pena pelo uso de arma disciplinado no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, nas situações em que os agentes empregam arma de brinquedo na execução desse crime contra o patrimônio.

É que, nem a doutrina nem a jurisprudência eram pacíficas, dividiam-se, nesse particular, em dois seguimentos: a corrente subjetiva que aceita a configuração da causa de aumento de pena, e a corrente objetiva que afirma que arma de brinquedo não é arma e rejeita a ocorrência da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, quando a grave ameaça é exercida com o emprego de arma de brinquedo.

O tema mostra-se ainda relevante na análise da incongruência legislativa, haja vista que se levarmos em conta o crime de porte de arma branca (para o qual exige-se laudo pericial atestando a potencialidade lesiva da arma), tipificado no artigo 19 da Lei das Contravenções Penais, onde se comina uma pena de prisão simples de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ao passo que para o crime de porte de arma de brinquedo (sem qualquer potencialidade lesiva) cominou-se pena de detenção de um a dois anos e multa. E também, nesse mesmo sentido, cominou a mesma penalidade ao porte de arma de fogo e ao porte de arma de brinquedo.

Por isso, entendemos relevante o estudo desse novo dispositivo incluído na Lei de Armas, em face dos princípios constitucionais, analisando-se as diversas opiniões que gravitam em torno da matéria.

Ademais, longe de querer esgotarmos o tema, o principal objetivo desse trabalho, além da análise do tipo em questão, foi o de atrair ainda mais a atenção para a forma como o Direito Penal vem sendo tratado pelos legisladores como sendo o “*salvador da pátria*” na redução da criminalidade, a “*panacéia de todos os males*” da sociedade.

Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, através de obras de leitura corrente, obras de referência, impressos em geral, periódicos, inclusive a *internet*.

No que concerne a organização do texto, verifica-se que na parte inicial do trabalho foram abordadas as principais relações existentes entre o Direito Penal e

o Direito Constitucional e, ainda, um breve relato acerca da evolução da legislação penal codificada em face das Constituições que se sucederam.

Na parte final do trabalho explanou-se sobre o tipo penal que pretendeu incriminar o porte de arma de brinquedo como figura autônoma, analisando-o em face dos preceitos constitucionais, de sua redação, bem como de sua aplicabilidade prática.

# 1. O DIREITO PENAL E AS CONSTITUIÇÕES

## 1.1. Evolução Histórica

A existência do Direito como um todo, e também do Direito Penal, pode ser identificada na consciência dos povos indígenas que habitavam o território brasileiro antes mesmo do descobrimento.

Embora os indígenas que povoaram o território brasileiro naquele período vivessem em estado rudimentar, de profundo atraso e quase nenhuma evolução, ao contrário do que é atribuído aos maias, incas e astecas, é possível apontar a existência de um direito fundado nos costumes e tradições, onde as regras eram transmitidas verbalmente, não havendo, portanto, o direito escrito ou codificado.

Assinala José Henrique Pierangeli (2001, p. 42) que “Entre os indígenas brasileiros havia uma série de crimes que eram punidos exemplarmente, e entre eles podemos alinhar o homicídio, as lesões corporais, o furto, o rapto, o adultério da mulher, a deserção”. Imperando, nesta época, a justiça privada.

Finalizando, o mesmo autor (PIERANGELI, 2001, p. 44) arremata:

De qualquer maneira, como já tivemos oportunidade de salientar na primeira edição desta obra, o direito penal indígena, pelo seu primitivismo, em nenhum momento chegou a influir no desenvolvimento do nosso direito penal... Na inter-relação entre o conquistador lusitano e o nosso silvícola, ocorreu uma superposição de culturas.

Com o descobrimento do Brasil e sua colonização pelos portugueses, o direito lusitano aqui se implantou, vigorando, nesse período, as Ordenações lusitanas.

Por ocasião do descobrimento vigorava na colônia portuguesa as Ordenações Afonsinas, publicadas sob o reinado de D. Afonso V. No ano de 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, em atenção ao que fora determinado por D. Manuel I, vigorando até que em 1569 foram substituídas pela Compilação de Duarte Nunes de Leão, já sob o reinado de D. Sebastião.

As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e as Compilações de Duarte Nunes de Leão vigoraram durante o período que, em nosso território, estava implantado o sistema das capitanias hereditárias, onde pouca aplicabilidade tiveram, haja vista que aos donatários foram outorgados poderes absolutos e bastante abrangentes, e o direito aplicável nesta época restringia-se unicamente aos arbítrios desses donatários.

Outra foi a importância das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, no ano de 1603, que, por mais de dois séculos, no tocante a parte criminal, vigoraram no Brasil somente sendo revogada pelo advento do Código Criminal do Império. A parte civil vigorou até que foi editado o Código Civil de 1916.

Nas Ordenações Filipinas eram previstas penas de morte, açoite, corte de membro, galés<sup>1</sup>, degredo, multa, e a pena-crime arbitrária que ficava a critério do julgador, uma vez que não era estabelecido o princípio da legalidade. Um aspecto que chama atenção nas Ordenações Filipinas é a forma de execução da pena de morte que admitia quatro formas, variando desde a morte cruel em que a vida do condenado era tirada lentamente, até a morte civil em que se eliminava a vida civil e os direitos de cidadania, passando pela morte atroz em que se agregava outra penalidade à morte como o confisco de bens ou o esquartejamento e pela morte simples que se consubstanciava tão somente na perda da vida mediante degolação ou enforcamento.

O primeiro Código Penal do Brasil, intitulado “Código Criminal do Império do Brasil”, que substitui as Ordenações do Reino (Código Filipino), foi editado

---

<sup>1</sup> Condenação a trabalhos forçados, em que eram comum a utilização de correntes atreladas aos pés do condenado.

quando estava em vigência a Constituição do Império de 1824, outorgada por D. Pedro I.

A propósito, a Constituição de 1824, em seu artigo 179, fixou regras que deveriam ser observadas pelo legislador penal ordinário, traçando diretrizes renovadoras para o Direito Penal a ser implantado num momento posterior, estabelecendo em seu parágrafo de número 18 a necessidade de elaboração de um Código Criminal, fundado nas bases da justiça e da equidade. Dentre as inovações, podemos destacar o princípio da irretroatividade das leis, a igualdade de todos perante a lei e a proposição de que nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.

Após a Constituição que havia previsto a necessidade de elaborar-se um Código Criminal, Bernardo Pereira de Vasconcelos e José Clemente Pereira apresentaram projetos que, após passarem pelo exame de uma comissão, preferiu-se o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos que, em 16 de dezembro de 1830, foi sancionado pelo imperador D. Pedro I, adotando princípios liberais estampados na Carta Constitucional outorgada, sem contudo deixar de lado certos instrumentos de repressão.

Com a Proclamação da República, em novembro de 1889, instala-se uma nova ordem social no país, sendo necessário adequar-se à legislação, sobretudo aquela de natureza penal, à nova realidade vivida pela sociedade brasileira.

Assim, no ano de 1890 surge um novo Código Penal, com vistas a adaptar a legislação penal à nova realidade republicana. Encomendado às pressas a Batista Pereira, a obra deixou de considerar grandes avanços conquistados pela sociedade da época, além de apresentar graves defeitos de técnica, o que dificultou sua aplicação.

Não foi por outro motivo que na Exposição de Motivos do atual Código a referência que se fez a legislação anterior foi a seguinte:

Com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo. A data de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas. Retardado em relação à ciência penal de seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis.

Esses defeitos apresentados pelo novo Código foram sendo corrigidos gradativamente através da edição de inúmeras leis para suprir suas falhas e completar as lacunas apresentadas. Entrando em vigência em outubro de 1890, já em dezembro do mesmo ano sofria a primeira reforma.

Tão grande foi o número de leis que complementaram o Código que levou o desembargador Vicente Piragibe a realizar um trabalho de integrar no Código o texto das modificações posteriores, sem, contudo, retirar-lhe a harmonia. Desse paciente trabalho resultou a Consolidação das Leis Penais que foi oficializada pelo Governo através do Decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932.

Substituindo as Consolidações das Leis Penais surge em 1940 um novo Código Penal. Editado quando vigorava no país o regime ditatorial do Estado Novo (1937-1945), período em que vigorou a Carta Constitucional que havia sido outorgada e conferia ao Presidente da República poderes quase ilimitados, rompendo portanto com a tradição liberal imperial retratada na Constituição de 1824 e liberais republicanas de 1891 e 1934.

Instalada a nova ordem foi editado o Código Penal de 1940 que fugiu às influências do regime governamental vigente, sendo caracterizado por um direito punitivo democrático e liberal para a época.

Esse é o Código Penal que vige até os dias atuais. No entanto, lembra-nos Márcia Dometila Lima de Carvalho (1992, p. 20) que:

É este Código Penal que vige, até hoje, no tocante à sua Parte Especial, já que a Parte Geral, juntamente com a execução penal, viram-se totalmente modificadas pelas Leis 7.209 e 7.210, de 11 de julho de 1984, que abrigaram todas as conquistas modernas da Ciência Penal dos Países Ocidentais, retirando muito do seu caráter repressivo, resultante do período histórico em que foi gerado.

Parou por aí a evolução da legislação penal codificada, sendo nos tempos que se sucederam, emendada por leis extravagantes, que nem sempre podem ser aplaudidas por apresentarem perfeição e técnica, pois em sua maioria são editadas para dar uma resposta à sociedade a cerca de fatos que ensejam uma maior resposta estatal. Foi o que ocorreu, somente a título de exemplo, com a Lei dos Crimes Hediondos e com a Lei de Armas.

Por outro lado, as normas constitucionais continuaram avançando com as edições das Constituições de 1946, 1967, 1969 e finalmente pela Constituição de 1988.

Assim, é de concluir-se que, durante a história evolutiva do direito penal, sempre atentou-se mais a realidade vivida em cada época do que aos preceitos e valores constitucionais. Ora, o que se espera do Estado é que o ramo repressivo do Direito, vulnerador da liberdade individual, seja fundado unicamente na Constituição Federal, tutelando seus valores, pois a liberdade e o “status dignitatis” do indivíduo somente podem ser violados em razão da afronta a um bem ou valor resguardado pela Lei Maior.

Inegável, portanto, que o Direito Penal exerce funções essenciais para possibilitar a vida em sociedade, protegendo os bens e interesses imprescindíveis para o convívio social.

## 1.2. O Direito Penal e suas Funções

O Direito Penal, na divisão da ciência do Direito, notadamente para facilitar seu estudo e compreensão, está incluído entre os ramos do Direito Público, pois mostra-se latente o interesse estatal devido a sua íntima ligação com a paz social, podendo ser assim definido:

direito penal é um conjunto de conhecimentos e princípios, ordenados metodicamente, de modo a tornar possível a elucidação do conteúdo das normas penais e dos institutos em que elas se agrupam, com vistas a sua aplicação aos casos ocorrentes, segundo critérios rigorosos de justiça (TOLEDO, 1994, p. 01/02).

A função primordial do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídico-penais, essenciais ao indivíduo e à comunidade.

Não são raros, no entanto, os casos em que o Direito Penal tem sido utilizado tendo em vista somente seu caráter de prevenção geral, onde, com a edição de novas leis, incriminadas novas condutas ou somente elevando as penalidades, visa-se solucionar um problema que, em última análise, é questão de segurança pública.

Nesse sentido manifestou-se Francisco de Assis Toledo (1994, p. 05):

Em grave equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias.

Estas situações podem levar à desmoralização do ramo repressivo do Direito, que não terá condições de revelar eficácia nos conflitos a que é chamado a intervir, pois nenhum tipo penal novo, nem um tipo penal já existente, mas agravado em seu preceito sancionatório, sem outras medidas profundas em áreas não penais serão suficientes para devolver aos cidadãos a tranqüilidade desejável.

É no sentido de evitarmos essas situações que defendemos que o Direito Penal deve preocupar-se em defender certos bens jurídicos constitucionais, dentro dos limites fixados pelos princípios também constitucionais, pois o Direito Penal deve ser a última ciência jurídica a ser chamada para solucionar conflitos de interesses.

Por outro lado, a ausência por completo de um Direito Penal levaria ao abandono do controle dos desvios sociais pelo Estado, e implicaria na entrega desse *munus* aos particulares, o que, de fato, implicaria num retrocesso à época em que imperava a vingança privada. Sua presença, ao contrário, como mecanismo monopolizado pelo Estado tem significativas vantagens.

A principal vantagem desse ramo da ordem jurídica é seu caráter duplamente preventivo, ou seja, de prevenção geral, pois a norma editada e a conseqüente penalidade fixada, sujeita a todos que realizarem o fato descrito, ou seja, produz um efeito dissuasório que evita a aparição de agressões; de outro lado, de prevenção especial, pois aplica àquele indivíduo que cometeu um ato indesejado e tipificado como criminoso uma penalidade, para que retribuindo-lhe o mal causado o desestimule a cometer novos atos criminosos, além de favorecer que outros autores potenciais se abstraiam da prática de condutas semelhantes.

Ainda, impedirá que os cidadãos afetados por um comportamento delituoso se sintam compelidos a tomar para si a função repressora.

A tutela que o Direito Penal dispensa ao sistema social visa evitar a prática de condutas que provoquem uma grave perturbação para os bens jurídico-penais, e em conseqüência, à própria sociedade, assegurando desse modo as expectativas dessa comunidade.

“O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica” (PRADO, 2000, p. 28).

Desta forma, podemos imaginar duas circunferências, de diâmetros diversos, sobrepostas, onde a circunferência maior contém todos os bens necessários à vida humana em sociedade e a circunferência menor representa os bens jurídicos penais. Extraíndo-se daí que a ciência penal somente deve ser chamada a intervir quando os demais ramos do direito não forem capazes de dar uma solução adequada.

Como exemplo, podemos citar o direito de propriedade regulado pelo Direito Civil, que, devido a sua importância, inclusive constitucional<sup>2</sup>, ganha *status* de bem jurídico penal ao qual o Código dedica todo um título.

Em suma, o Direito Penal deve proteger somente certos bens jurídicos, por se revelarem insuficientes em relação a eles, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico nas outras áreas extrapenais e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão, pois não são todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão que ensejam a tutela penal.

Todavia, deve-se tomar cuidado para que a pena criminal não se torne um ato de pura vingança, o que seria um instrumento perigoso aos fins que visa atender um Estado Social e Democrático de Direito. Se faz necessário submeter o exercício do *ius puniendi*, como um mal necessário que é, aos casos que necessariamente exijam essa intervenção.

Para tanto, o Direito Penal deve pautar-se pelas regras constitucionalmente previstas, notadamente na eleição dos bens jurídicos a serem protegidos pelas normas penais, porquanto não é qualquer bem que merece tutela penal.

### **1.3. Bem Jurídico Penal**

O Direito, por se consubstanciar em normas de conduta que visam reger o convívio dos indivíduos em sociedade, e considerando ainda que o choque de interesses é impossível de ser evitado na totalidade, deve eleger as categorias de interesses que merecem maior proteção do Estado.

---

<sup>2</sup> Note-se que o direito de propriedade está inserido entre os direitos e garantias fundamentais insculpidos no artigo 5º da Constituição Federal. Seu inciso XXII tem a seguinte redação: “é garantido o direito de propriedade”, sendo que os incisos seguintes ainda fazem remissão a esse direito regulando a intervenção estatal na propriedade privada, os direitos dos autores, inventos industriais.

Em especial, o ramo do Direito Penal, deve preocupar-se em proteger somente os interesses individuais e coletivos mais importantes para possibilitar a vida em sociedade, haja vista que seus efeitos na esfera pessoal dos indivíduos são drásticos, notadamente por influir diretamente no direito de liberdade. Esses interesses nada mais são do que aquilo que a doutrina convencionou denominar-se bem jurídico, ou seja, o bem da vida tutelado pelo Direito Penal.

A doutrina, no entanto, embora aceite essa idéia de bem jurídico, não é unânime ao apresentar uma definição. Luiz Regis Prado (1997, p. 45/47), após assinalar a divergência de conceitos dados pelos escritores estrangeiros, apresenta uma síntese dessa divergência na doutrina pátria:

Essa divergência de opiniões entre os autores no que tange à definição de bem jurídico faz-se presente também na doutrina pátria. Aníbal Bruno destaca que os bens jurídicos 'são valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura'. Por sua vez, Assis Toledo diz que bens jurídicos 'são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas'. Para Fragoso, 'o bem jurídico não é apenas um esquema conceitual, visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma'. Noronha define bem jurídico como 'o bem-interesse protegido pela norma penal'. E, finalmente, afirma-se que, 'dogmaticamente, o bem jurídico, ou bem do direito, não é somente um bem do indivíduo, que é, ao mesmo tempo, bem social. Sobre o mesmo fundamento, o bem jurídico não é somente um bem da sociedade, mas um bem social, que é, ao mesmo tempo, bem individual. A contraposição do individual e do social, ora considerando o indivíduo como meio ou fim da sociedade, ora considerando a sociedade como meio ou fim do indivíduo, não encara, em seus devidos termos, a unidade dialética do indivíduo e do social, esquecendo que o indivíduo está em função da sociedade tanto quanto a sociedade está em função do indivíduo'.

O bem jurídico exerce uma função limitadora que se projeta tanto ao legislador quanto ao intérprete por ocasião da análise dos concretos tipos penais previstos pelo legislador. Dessa forma, essa função limitadora traz em seu bojo uma outra função que é a de garantia, ou seja, a idéia de bem jurídico como conceito limitador da atividade punitiva do Estado frente ao indivíduo, onde somente seria possível sancionar condutas que lesionem ou ponham em perigo bens jurídicos.

Luiz Regis Prado (1997, p. 48/49) aponta quatro funções relevantes que, segundo ele, podem ser atribuídas ao bem jurídico penal. A primeira afirma ser uma função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado, segundo a qual o legislador não pode tipificar senão aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autêntico bens jurídicos. A segunda função apontada é a função teleológica ou interpretativa, em razão da qual toda interpretação dos tipos penais deve levar em consideração à finalidade de proteção de certo bem jurídico. A terceira é a função individualizadora que deve ser considerada no momento de fixação da pena, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico. Por fim, assinala a função sistemática, ou seja, os bens jurídicos servem como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal.

Ficando assentado que os bens jurídicos, embora tenham outras funções, limitam o *ius puniendi* estatal, resta-nos agora estabelecer onde o legislador ordinário vai buscar o rol de interesses que a norma penal deve proteger.

O Direito Penal, sendo um ramo do Direito que exerce influência direta e imediata no mais precioso bem que o indivíduo possui, qual seja, a liberdade, deve estar respaldado em valores que suplantem ou justifiquem essa força coercitiva sobre a liberdade e dignidade do indivíduo.

Contudo, não poderíamos deixar ao mero arbítrio do legislador penal ordinário a função de definir o que é e o que não é importante para a vida social. Ademais, nosso Poder Legislativo, alvo de duras críticas, edita leis incriminando condutas conforme se revela a situação vivida pela sociedade, com o único objetivo de acalmar os ânimos dos cidadãos e dar uma resposta aos criminosos e, por tal razão, essas leis em sua quase totalidade são despidas da técnica exigida.

Destarte, reivindica-se a necessidade de tomar como referência os valores reconhecidos na Constituição Federal para delimitar os bens jurídicos ensejadores da tutela penal, pois, somente valores esculpidos de forma explícita ou

implicitamente na lei maior seriam suficientes para dar suporte à privação da liberdade do indivíduo.

Essa doutrina constitucionalista, bastante disseminada entre os doutrinadores modernos, surgiu e se desenvolveu principalmente na Itália, onde a Constituição, em seu artigo 13 realça a importância da liberdade pessoal como valor que somente pode ser vulnerado pelo Estado quando haja produzido uma lesão contra um bem de similar importância, isto é, de fundamento constitucional.

A esse respeito manifestou-se Márcia Dometila Lima de Carvalho (1992, p. 33):

...partindo-se de que a Lei Maior traz em si os princípios máximos da justiça, que se quer impor, qualquer ofensa a bem jurídico, protegido penalmente, terá que ser cotejado com os princípios constitucionais. Deixa, assim, a ofensa aos citados bens, de ter relevância penal, se os princípios constitucionais não restarem por ela arranhados.

No mesmo sentido é o ensinamento de Maurício Antonio Ribeiro Lopes (2000, p. 349):

...é dever registrar que os mais consagrados autores de Direito Penal da atualidade, como visto, vão buscar na Constituição os fundamentos de validade e limites de intervenção do Direito Penal, na medida em que é esta que exprime o tipo de Estado e seus fins e, conseqüentemente, limita os fins da tutela penal. Não fazem derivar de um conceito abstrato de bem jurídico o âmbito da tutela penal, mas, pelo contrário, chegam ao bem jurídico através da indagação sobre os fins da pena, de acordo com o tipo de Estado constitucionalmente consagrado e seus princípios fundamentais.

Esse mesmo autor (LOPES, 2000, p. 349/350) fundamenta sua proposição citando o posicionamento de outros três autores estrangeiros, senão vejamos:

Como afirma FIANDACA, 'é em definitivo a Constituição que funciona como parâmetro de referência na seleção dos fatos que legitimamente se podem submeter a penas'. Essa posição foi reafirmada por ROXIN, mais recentemente, demonstrando a inidoneidade das várias definições de bem jurídico para delimitar, em concreto, o âmbito da matéria incriminável e afirmando: 'Num Estado de direito baseado na liberdade dos indivíduos, um conceito político-criminal de bem jurídico vinculante só pode resultar das tarefas positivadas na Constituição'. Recentemente ainda, ALVAREZ GARCIA criticou violentamente a fundamentação científico-social do bem jurídico, à qual se contrapõe um modelo

baseado na Constituição, inspirado no pensamento de BRICOLA, encaminhando não a consolidar o sistema, mas a transformá-lo, em benefício dos menos privilegiados, cujos interesses deve ter em conta a Constituição.

Note-se que no momento da fixação desses bens jurídicos que serão tutelados juridicamente o Direito não está totalmente dissociado da realidade social, nem distante das relações entre os seres humanos, pois, em última análise, o que se busca é a viabilização da existência humana.

O que se quer é uma correlação entre os valores constitucionais e a realidade social, evitando-se, desta forma, a incriminação de condutas com o único intuito de dirigir o comportamento humano, sem se atentar para os valores constitucionais.

Dessa forma, nem todo bem jurídico deve ser convertido em bem jurídico penal, porquanto, o valor do bem jurídico merecedor de proteção penal deve estar em consonância com a gravidade das conseqüências próprias do Direito Penal.

Assim, a ordem dos valores constitucionais deve constituir-se em um quadro de referência ao legislador penal ordinário e, ao mesmo tempo, num critério regulatório da atividade punitiva do Estado, pois toda atividade penal deve estar em harmonia com os princípios e preceitos trazidos pela Constituição.

Nesse diapasão pergunta-se: Qual o bem jurídico tutelado pelo inciso II, do parágrafo 1º do artigo 10 da Lei de Armas? Seria o patrimônio, a liberdade individual, a liberdade sexual, etc?

Na verdade, o que motivou o legislador a incluir esse delito na Lei de Armas fora a celeuma instalada a cerca da configuração ou não da qualificadora nos delitos de roubo quando a ameaça era exercida com o emprego de arma de brinquedo, e não propriamente o resguardo a um bem jurídico determinado.

Não teve ele, dessa forma, o propósito de defender um bem jurídico em especial, mas tão somente àqueles já tutelados pelos dispositivos em cuja execução podem ser empregadas armas de brinquedo.

É de se anotar ainda que a Lei de Armas, não tutela, em especial, os bens jurídicos vida, integridade física, liberdade, patrimônio, etc, mas sim, a segurança coletiva, que é um direito fundamental expressamente previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

A Constituição não exerce interferência no Direito Penal somente em relação aos bens jurídicos a serem tutelados, mas, por outro lado, as normas penais editadas também não podem ofender os princípios constitucionalmente consagrados.

#### **1.4. Princípios Constitucionais**

A noção de princípio está presente na idéia de todo ser humano, como sendo o começo ou início de algo.

Em Direito a palavra princípio tem, na verdade, o sentido de base, de disposição fundamental, conforme ensina José Afonso da Silva (1999, p. 96):

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, "os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporadas, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional".

É de se anotar entretanto que nem todos os princípios, mesmo os constitucionais, encontram-se expressos nos documentos legais de que são extraídos. Há princípios que são explicitamente declarados pelas normas e outros que não são. No entanto não há sobreposição de uns sobre outros, pois as

normas, de uma forma geral, são indiciárias dos princípios, mas não se exige que os contenha em proposição expressa.

Os princípios se irradiam sobre todo o conjunto de normas, compondo-lhe o espírito e servindo de base para a correta compreensão de seus comandos, atribuindo a todo o sistema normativo um sentido harmônico e coerente.

Abstraindo-se, dessa forma, a importância de um sistema de normas coeso e fundado nos princípios garantistas, sob pena de serem cometidas arbitrariedades e ocorrerem tratamentos desiguais em que se pune muito severamente alguns e é extremamente benevolente com outros.

Por isso diz-se que violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma, pois o desrespeito a um princípio implica em ofensa a todo um conjunto de valores e não somente a um mandamento específico. Decorrendo daí que a inconstitucionalidade por afronta a um princípio constitucional expresso ou implícito é a mais grave forma de inconstitucionalidade pois significa insurgência contra todo um sistema de valores fundamentais.

#### 1.4.1. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade encontra-se implícito na Constituição Federal, tendo assento no contexto normativo constitucional no qual estão inseridos os direitos fundamentais e os mecanismos da respectiva proteção conferidos a esses direitos, senão vejamos:

A Constituição Federal de 1988 considerou expressamente a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Brasileiro (art. 1º, inciso III), e além de aumentar em relação às Constituições anteriores o rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º), conferiu-lhes aplicabilidade imediata (art. 5º, §

1º) e tratou de assegurar-lhes expectativas de expansão segundo a cláusula aberta constante do parágrafo segundo do mesmo artigo quinto<sup>3</sup>.

Ainda, sinalizando mudanças substanciais para garantir especial proteção aos direitos fundamentais, a Carta Constitucional de 1988, estabeleceu a eternidade aos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV) e o princípio da reserva legal (art. 5º, inciso II), estabelecendo ainda o princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV).

Aparece, desta forma, a proporcionalidade como garantia especial, traduzida na exigência de que toda e qualquer intervenção do Estado na esfera das liberdades individuais dos seres humanos se dê por necessidade, de forma adequada e na mais justa medida, sem afrontar esse leque de proteções constitucionais conferidas ao indivíduo.

Apontando uma estreita ligação entre os princípios da proporcionalidade e da legalidade, Maurício Antonio Ribeiro Lopes (2000, p. 427), citando Suzane de Toledo Barros afirma que:

... o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal (art. 5º, II), entendido este como submissão de uma determinada matéria - como a dos direitos fundamentais - exclusivamente à lei formal. E ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional ou, ainda, no devido processo legal substancial. De fato, a reserva legal não é suficiente para evitar-se a edição de leis excessivas ou desnecessariamente restritivas. Não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entende cabíveis, quando autorizado a impor limites aos direitos fundamentais. Se assim fosse, as garantias formuladas em defesa desses direitos seriam todas ilusórias e despidas de qualquer sentido.

A idéia da proporcionalidade é resultante da essência dos direitos e garantias fundamentais e seus corolários inseridos na Lei Fundamental da República, proibindo intervenções excessivas e desnecessárias na esfera pessoal

---

<sup>3</sup> O parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal apresenta a seguinte redação: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

de cada cidadão, pois uma lei não pode onerar o indivíduo mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público.

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é ofendido ou posto em perigo e o bem de que pode alguém ser privado pela resposta estatal. Toda vez que nessa relação existir um desequilíbrio estaremos diante de uma inaceitável desproporção. Desta forma, o princípio da proporcionalidade afasta o estabelecimento de cominações legais e a imposição de penas que não apresentem relação com o fato cometido.

Daí se extrai que o princípio da proporcionalidade exerce dupla função na concretização do Direito Penal: de um lado, na tipificação de condutas, e de outro, na aplicação das sanções.

Com efeito, a proporcionalidade deve ser observada pelo legislador penal ordinário por ocasião da elaboração das leis penais incriminadoras, pois se as normas forem tecnicamente perfeitas, incriminando somente as condutas que mereçam ser incriminadas e impondo sanções em quantidade e qualidade correspondente ao ataque social contido na conduta incriminada, não se questionará no Poder Judiciário a constitucionalidade e a legalidade proporcional da norma.

Por outro lado este princípio é de ser aplicado também pelo Poder Judiciário, seja na própria tipificação dos delitos, deixando de fora dos tipos penais condutas que não se mostrem materialmente lesivos aos valores a serem resguardados pelo Direito Penal, seja ainda na adequação da resposta estatal a ser dada através das sanções concretamente aplicadas.

Algumas críticas são levantadas a cerca do princípio da proporcionalidade, notadamente no que diz respeito à dificuldade de se precisar seu real conteúdo, o que conferiria ao Poder Judiciário amplos poderes, inclusive legislativo.

No entanto, ao contrário do que afirmam os críticos a esse princípio, o Poder Judiciário deve aplicar a norma ao caso concreto, sendo assim, ele não interferirá na norma, mas na análise do caso e suas peculiaridades, sempre segundo um critério de razoabilidade.

Na jurisprudência brasileira, principalmente dos tribunais superiores, são raros os momentos em que há o enfrentamento do princípio da proporcionalidade, mormente em matéria penal. Localizamos, no entanto, um julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça com a seguinte ementa:

Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade (STJ - 5ª T. - RHC 7.216 - Rel. Min. Edson Vidigal - j. 28.04.1998 - DJU 25.05.1998, p. 124/125).

#### 1.4.2. Princípio da ofensividade

O princípio da ofensividade se consubstancia no fato de que a conduta não pode constituir ilícito se não for concretamente ofensiva ou perigosa ao bem jurídico tutelado. Ora, não é possível imaginar um crime que não acarrete dano ou, ao menos, não exponha o bem jurídico a perigo de lesão.

Não percebemos a existência de qualquer diferença entre as denominações de princípio da lesividade e princípio da ofensividade, no entanto Marcus Antonio Ferreira Cabrera, anota a seguinte distinção:

Viu-se que o princípio da ofensividade funda-se na idéia de que o controle social penal somente deve intervir quando ocorrer lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos concretos. Já o princípio da lesividade preceitua que somente deve ser castigado aquele comportamento que lesione direitos concretos de outrem, não merecendo restrição os comportamentos simplesmente imorais ou pecaminosos (LOPES, 2000, p. 299).

Inegável, no entanto, que o Estado somente deve ser chamado a intervir no convívio social quando ocorrer lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos concretos. Portanto, não existe razão para acionar a atividade punitiva do Estado se o comportamento humano ativo ou omissivo não causar qualquer lesividade.

O princípio da ofensividade, tal qual o princípio da proporcionalidade, encontra-se implícito na Constituição Federal e decorre da disciplina do Estado Democrático de Direito insculpido na Constituição de 1988, sendo que seu verdadeiro fim é a justiça, devendo esse mesmo Estado proteger a liberdade pessoal dos cidadãos.

Se o Direito Penal somente deve ser chamado a intervir quando ocorrer lesão ou perigo de lesão, esse princípio da ofensividade corresponde a uma clara delimitação desse mesmo Direito Penal, pois proibir por proibir, não encontra legitimidade nem amparo constitucional.

Ora, se a conduta humana capaz de fazer incidir uma certa pena criminal é somente aquela que implica ofensa ou perigo de ofensa a um determinado bem jurídico este princípio da ofensividade está intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, porquanto somente se analisará a sanção levando-se em conta a gravidade da conduta se puder afastar a incidência de pena para as infrações sem conteúdo lesivo.

Por outro lado, também está intimamente ligado ao princípio da legalidade, pois um Estado que se diz democrático de direito não pode se contentar somente com a proposição de que o cidadão só será punido segundo os delitos e as penas anteriormente previstas, onde qualquer fato pode ser transformado em lei, mas sim, segundo o princípio da ofensividade que impõe a descrição de condutas constitucionalmente eleitas para serem proibidas, cominando-se-lhes penas que se equiparam ao ataque social provocado.

Esses são os dois princípios violados pela norma inserida no inciso II, do parágrafo primeiro, do artigo 10, da Lei nº 9.437/97, que pretendeu incriminar o ato de portar arma de brinquedo, ou utilizar arma de brinquedo ou simulacro de arma na prática de crimes.

## **2. DELITO DE PORTE DE ARMA DE BRINQUEDO**

## 2.1. Introdução

A inclusão de um possível delito de porte de arma de brinquedo na Lei de Armas ocorreu por razões sociais. Deu-se em face do costumeiro emprego de armas de brinquedos em delitos contra o patrimônio, mormente nos roubos ocorridos nos semáforos das grandes cidades.

A lei 9.437/97, em seu artigo 10, § 1º, inciso II, pretendo definir um crime de porte de arma de brinquedo estabeleceu que: “Nas mesmas penas [detenção de um a dois anos e multa] incorre quem: II - Utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes”.

A tipificação autônoma, aliada ao fato de tal tipo penal estar incluído em uma lei que dispõe sobre armas de fogo, trouxe grandes discussões em nossa doutrina a respeito da prática de vários delitos em que podem ser empregadas armas em sua execução como mecanismo a propiciar a ameaça ou temor.

Aliás, a celeuma a cerca das armas de brinquedo já estava instalada há muito tempo em relação à interpretação conferida ao artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, que prevê uma causa de aumento de pena para o crime de roubo quando há emprego de arma. Discussão essa agravada pela súmula 174 do STJ.

A nova lei veio apenas aumentar uma discussão que já estava aflorada há muito tempo.

## 2.2. Intenção Legislativa

### 2.2.1. Delito de porte de arma de fogo

Tal qual o motivo para a incriminação da arma de brinquedo, o aumento assustador da criminalidade, em especial com uso de armas de fogo,

notadamente nos delitos contra o patrimônio e contra a vida, levaram também o legislador penal a elevar o delito de porte de arma de fogo à categoria de crime, agravando a situação dos criminosos que fossem surpreendidos no momento que possuíssem ou portassem arma de fogo sem a devida autorização.

Antes da edição da Lei de Armas essa conduta delituosa encontrava sua figura típica descrita na Lei das Contravenções Penais, com penalidade extremamente branda, sujeita objetivamente a todos os benefícios conferidos pela lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Estadual.

O perigo que uma arma de fogo causa à sociedade é inegável e indiscutível. A segurança coletiva é digna de proteção penal. Visou a nova lei proteger tanto a sociedade quanto a ordem pública contra possíveis ataques provocados com a utilização das armas de fogo, o que, com certeza, causaria maiores danos.

O momento social vivido no país no momento da edição da Lei de Armas era conturbado. Vários crimes de repercussão nacional, várias campanhas de desarmamento, e o legislador penal não ficou alheio a essas manifestações, sendo que em 20 de fevereiro de 1997 editou a lei que recebeu o número 9.437, transformando em crimes o que antes eram meras contravenções penais.

A intenção do legislador ao incriminar o porte de armas de fogo clandestinas, em primeira análise, é o efetivo perigo que representam para a segurança de vários bens jurídicos importantes, tais como a vida, patrimônio, liberdade individual, os quais podem ser efetivamente lesionados com o emprego de uma arma de fogo.

A proibição pura e simples da propriedade de armas de fogo por particulares não seria viável pois, sua fabricação e comercialização são atividades que compõem os meios de produção, sendo práticas comerciais aceitas, dentro de certos limites, inclusive porque elas têm um aspecto defensivo (GOMES, 1.999, p. 44).

No entanto, esses bens jurídicos já encontram proteção no ordenamento que vigorava na época da edição da lei, mas o legislador houve por bem antecipar essa barreira protetiva ante a importância dos bens jurídicos protegidos.

Por outro lado, afirma Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira (GOMES, 1.999, p. 44/45) que não foi só esse o intuito do legislador mas também o fato de que:

não é o simples perigo inerente a toda arma de fogo a verdadeira *ratio essendi* da sua criminalização, senão o perigo específico (qualificado ou penalmente relevante) que consiste na posse, no porte ou na sua detenção sem o devido controle do poder público. Se a razão da lei fosse o simples perigo decorrente da arma de fogo, em si, seria o caso de se proibir a sua própria fabricação e jamais se permitiria que qualquer pessoa andasse armada.

Assim, a verdadeira razão da criminalização do porte de arma de fogo sem a devida autorização é o risco que representa a arma de fogo desconhecida do poder público, a periculosidade de sua indiscriminada difusão, principalmente nos meios criminosos.

Não é por outro motivo que a lei condiciona a concessão da autorização para portar arma de fogo a certos requisitos<sup>4</sup>, acreditando que a arma de fogo depositada nas mãos dessas pessoas não traz a coletividade o mesmo perigo que traria se colocada nas mãos de qualquer pessoa.

Dessa forma, o que o Estado quer não é proibir por completo, mas sim possibilitar um efetivo controle das armas de fogo e de seus usuários.

### 2.2.2. Crime de porte de arma de brinquedo

Sendo a segurança pública o bem jurídico imediatamente protegido pela Lei de Armas, fundado no perigo que uma arma de fogo, sem conhecimento do estado e nas mãos de pessoas despreparadas, pode trazer à sociedade, não

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, dispõe o artigo 7º da Lei nº 9437/97 que: A autorização para portar arma de fogo terá eficácia temporal limitada, nos termos de atos regulamentares e dependerá de o requerente

vemos motivos para incluir nessa lei um tipo que incrimine o porte de um instrumento inofensivo.

Ora, arma de brinquedo ou simulacro de arma não traz qualquer risco à sociedade, digno de proteção penal autônoma. Não há interesse do Estado em saber quem tem ou quem não tem uma arma de brinquedo, pois elas não podem ser usadas como instrumento de ataque à integridade corporal.

Desse modo, a incriminação autônoma da arma de brinquedo distancia-se da *ratio legis* da incriminação do porte de arma de fogo e da Lei de Armas como um todo.

A incriminação penal ora enfocada destoa completamente da *ratio legis* e de maneira alguma conta a conduta tipificada com potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado. No fundo, criminalizou-se uma hipótese de crime impossível (inidoneidade absoluta do meio), que não é punido no nosso sistema penal (GOMES, 1999, p. 169).

No caso das armas de fogo sua periculosidade é incontestável, o que justifica o perigo vislumbrado pelo legislador, mas isso, não é igualmente válido para as armas de brinquedo, pois estas são desprovidas de potencialidade lesiva.

Não bastasse essa incongruência com o verdadeiro propósito da Lei de Armas, o dispositivo em análise ainda padece de graves vícios de inconstitucionalidade.

### 2.3. Inconstitucionalidade por Ofensa aos Princípios Constitucionais

A supremacia da Carta Constitucional conduz a uma limitação dos atos legislativos que se dividem em duas ordens. A primeira diz respeito à forma, onde as formalidades e procedimentos previstos na Constituição devem ser observados (inconstitucionalidade por vício formal). A segunda refere-se ao conteúdo material

---

comprovar idoneidade, comportamento social produtivo, efetiva necessidade, capacidade técnica e aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo.

das leis ou atos legislativos que devem pautar-se segundo os preceitos e princípios constitucionais (inconstitucionalidade por vício material).

Tendo em vista os princípios constitucionais da proporcionalidade e lesividade ou ofensividade, outra alternativa não resta senão a de se declarar a inconstitucionalidade material do inciso II, do parágrafo primeiro, do artigo 10, da Lei nº 9.437/97, que criminalizou o porte de arma de brinquedo, ante o desrespeito do legislador a esses princípios ao criminalizar tal conduta.

Há, no entanto, aqueles que defendem a aplicação do dispositivo. Buscam fundamentação na superficial semelhança que esse delito apresenta com o crime de formação de quadrilha ou bando.

Nesse sentido manifestou-se André Luiz Rodrigo do Prado Norcia (2002):

Não há como sustentar a inaplicabilidade do crime que estudamos, muito menos sua inconstitucionalidade. Estaríamos desprezando sessenta anos de vigência do crime de formação de quadrilha ou bando, tipo da mesma espécie.

Esses argumentos não são suficientes para garantir ao delito referente às armas de brinquedo tipificado na Lei de Armas alguma viabilidade.

Descuidam-se de observar que o delito tipificado no artigo 288 do Código Penal é um delito permanente, e que para sua configuração exige a associação duradoura para a prática de crimes. Ademais, está muito bem situado dentre os crimes contra a paz pública.

Andou bem o legislador ao criminalizar o porte de arma de fogo, mas os mesmos aplausos não merecem quanto a criminalização do porte de arma de brinquedo ou simulacro de arma.

A tipificação autônoma do porte de arma de brinquedo, ainda que não ofenda ao princípio da legalidade, a sua simples leitura demonstra a desproporcionalidade com que o legislador apenou esta conduta. O *caput* do

artigo 10 da lei nº 9437/97, determina que será apenado com detenção de 01 (um) a 02 (dois), anos quem, portar<sup>5</sup> arma de fogo sem autorização legal, e no inciso II, do parágrafo primeiro, determina que incidirá nas mesmas penas quem portar arma de brinquedo.

Patente, pois, a desproporcionalidade dos preceitos secundários. As condutas afetam diferentemente (portar arma de brinquedo sequer afeta) os bens jurídicos tutelados e, por isso, deveriam ser apenados de formas diferentes, eis que, aos olhos da realidade fática, uma arma de verdade é mais perigosa do que uma arma de brinquedo ou simulacro de arma. A primeira conduta é muito mais grave do que a segunda.

É de se anotar ainda que, aquele que porta uma arma branca, faca, por exemplo, que contem em si nítida capacidade vulnerante, comete o crime previsto no artigo 19 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3688/41), cuja pena é de prisão simples de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas cumulativamente.

À contravenção penal há possibilidade de serem aplicados todos os benefícios da Lei nº 9.099/95, o que até bem pouco tempo não ocorria com o crime de porte de arma de brinquedo ou porte de arma de fogo. Agora, com o advento da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu o Juizado Especial Criminal na esfera da Justiça Federal, houve uma ampliação dos delitos de menor potencial ofensivo, alcançando os delitos com pena máxima de até 02 (dois) anos<sup>6</sup>. O entendimento, no entanto, embora majoritário no sentido da aplicação dessa ampliação aos Juizados Especiais Estaduais, ainda não é unânime.

Assim, seja em relação ao porte de arma de fogo, seja em relação ao porte de arma branca, o porte de arma de brinquedo é desproporcionalmente apenado, pois lhe é cominado a mesma pena que do porte de arma de fogo, e é muito mais

---

<sup>5</sup> O *caput* do artigo 10, é um tipo penal alternativo, ou seja, que ostenta uma cominação legal representada por várias modalidades de conduta: possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar.

severamente apenado do que aquele que porta arma branca. A desproporção é patente.

A criminalização do porte de arma de brinquedo feriu também o princípio da lesividade, eis que um brinquedo não conta com potencialidade real de lesar ao bem jurídico protegido, qual seja, um certo nível de segurança coletiva, pois é um instrumento absolutamente ineficaz para afetar ou lesar tal bem. Um brinquedo não diminui o nível de segurança pública protegido, diferentemente de uma arma de verdade.

Ressalte-se que em nenhuma passagem, salvo a do indigitado inciso II, § 1º, do art. 10, a Lei nº 9.437/97 fala ou trata do poder de atemorização, mas, apenas, em potencialidade lesiva, porquanto o verdadeiro propósito da lei é garantir um certo nível de segurança jurídica, o que, uma arma de brinquedo é incapaz de afetar, haja vista que o simples porte de arma de brinquedo não configura um perigo real.

Que a arma de brinquedo (ou simulacro de arma) tem poder de atemorização não se discute, mas essa peculiaridade não é suficiente para ensejar tipificação autônoma. A arma de brinquedo conta com relevância penal na configuração de qualquer delito que possa ser cometido mediante grave ameaça, no entanto, querer incriminar seu porte em tipo autônomo, é extremamente exagerado, desviando-se da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, seja contrário ao princípio constitucional da proporcionalidade, ou ao princípio constitucional da lesividade, a incriminação do porte de arma de brinquedo é inconstitucional.

Além de inconstitucional na sua essência o dispositivo apresenta algumas incongruências em sua redação, fato que, na legislação brasileira, não é nenhuma novidade.

---

<sup>6</sup> Dispõe o parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 10.259 que: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos dessa lei, os crimes a que comine pena máxima não superior a dois anos ou multa”.

## 2.4. Críticas à Redação do Artigo 10, § 1º, II, da Lei 9.437/97

Não bastasse o vício de inconstitucionalidade de que padece, por afronta aos princípios da lesividade e proporcionalidade, implícitos na Constituição, o tipo legal que pretendeu criminalizar o porte de arma de brinquedo ou simulacro de arma, recebe outras críticas no que concerne à sua redação.

Não são raros os casos em que o legislador pátrio é criticado em virtude da falta de técnica legislativa. Em sua maioria as leis e dispositivos legais exigem dos estudiosos do Direito árduas interpretações que dificilmente acabam sendo unânimes.

Em alguns casos as leis dizem menos do que deveria, em outros diz coisas que seriam de todo dispensáveis, e em outros até, diz o que não deveria.

O dispositivo constante do artigo 10, § 1º, II, da Lei de Armas não é uma exceção a essa regra e sua redação é alvo de duras críticas por parte dos doutrinadores.

Luiz Flávio Gomes (1999, p. 173), ao analisar o tipo penal em questão, chega a afirmar que ele apresenta uma redação autodestrutiva ou autofágica, pois de todo incongruente.

Fernando Capez (1997, p. 47/50) também não economiza críticas ao dispositivo e, no tocante à sua redação, arrola as seguintes ponderações:

O legislador foi extremamente infeliz ao empregar o verbo “utilizar” no início da descrição típica. Muito mais adequada seria a inserção da conduta “trazer consigo” ou “portar”, pelas seguintes razões: a) Não se utiliza arma com o fim de cometer crimes, mas, ao contrário, durante o seu cometimento, na sua execução. A expressão final do tipo “para o fim de cometer crimes” refere-se a idéia futura, finalidade ainda a ser atingida. Compatibiliza-se com a situação do agente que traz a arma consigo para o fim de, posteriormente, com ela vir a cometer crimes. b) O porte de arma de brinquedo é a situação presente, aquela que a lei, aparentemente, pretenderia incriminar. A finalidade ulterior de empregá-

la no cometimento de crimes é o estado psicológico do agente exigido pelo texto legal. É justamente isso que o legislador quis incriminar: porte atual da arma de brinquedo + intenção de usá-la, mais tarde, como instrumento de algum crime... d) Utilizar arma significa dar-lhe utilidade, empregá-la efetivamente na prática do crime. a utilização de arma, portanto, implica emprego momentâneo, ou seja, a execução do próprio delito. Não se utiliza arma de brinquedo com o intuito de, futuramente, cometer infrações. Ao contrário, emprega-se-a durante a execução do próprio crime. Quem utiliza a arma já está, ao mesmo tempo, realizando a infração. Por exemplo: durante o assalto, o meliante já está utilizando a arma. e) O fim “matou” o começo da oração. Ou se utiliza a arma no cometimento do crime ou se porta a arma com o fim posterior de cometer crimes. Um e outro juntos são incompatíveis... g) A conduta prévia à realização do crime deveria ser a de portar a arma de brinquedo com essa finalidade, e não de utilizá-la... q) Finalmente, eliminado a última possibilidade de incriminação dessa conduta, o próprio tipo prevê a seguinte elementar subjetiva, em seu encerramento: “... para o fim de cometer crimes”. Note-se que a palavra se encontra no plural. Afasta-se, assim, por completo a interpretação de que a lei tipificou como delito autônomo a utilização da arma de brinquedo no cometimento do crime. 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. r) Diante do exposto, só nos resta lamentar e considerar o tipo “natimorto”, ou seja, ineficaz desde a sua entrada em vigor. Contra nossa vontade, somos obrigados a reconhecer a existência de um tipo suicida, no qual as elementares se chocam de tal maneira que o tornam um nada jurídico. Forçoso reconhecer, portanto, que na lei podem existir, sim, palavras inúteis.

É fácil observar que as críticas fundam-se em dois pontos principais, quais sejam, no emprego do verbo “utilizar” e na expressão “para o fim de cometer crimes”.

Empregando o verbo utilizar e não portar ou trazer consigo está de todo inviabilizado a prática do delito de portar arma de brinquedo com o fim de cometer crimes, pois, se o tipo fala em utilizar, qualquer interpretação extensiva ou emprego de analogia levaria à violação do princípio da reserva legal.

Desta forma, o que pretendeu o legislador (punir a fase preparatória de crimes ainda não realizados), para, com isso, alcançar uma maior eficácia no combate a criminalidade, fica completamente inviabilizado.

Ora, o tipo não trata do porte de arma de brinquedo, nem pode incriminar a sua utilização no cometimento de crime. No primeiro caso haveria o emprego da analogia para alcançar condutas atípicas, violando-se o princípio da legalidade e,

no segundo, o agente estaria respondendo duas vezes pelo mesmo fato, havendo violação dos princípios da legalidade e consunção.

A expressão “para o fim de cometer crimes”, ao que tudo indica, foi copiada do artigo 288 do Código Penal que incrimina o delito de quadrilha ou bando<sup>7</sup>.

Há inclusive quem defenda a aplicabilidade do artigo 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97, ante a semelhança que apresenta com o delito de formação de quadrilha ou bando (Norcia, 2002).

Entretanto descuidou-se de observar que o delito tipificado no Código Penal é nitidamente um delito permanente, cuja execução se prolonga no tempo, e que para sua configuração exige a associação duradoura para a prática de crimes, não basta a prática de um crime em que haja concurso de mais de três pessoas para configurar o delito de quadrilha ou bando.

Aplicando-se a mesma interpretação dever-se-ia esperar a prática de vários crimes com emprego de arma de brinquedo para configurar o delito descrito na Lei de Armas. Note-se que não bastaria ter a intenção de cometer crimes, teria efetivamente que cometê-los, pois, caso contrário não “utilizaria” a arma de brinquedo ou simulacro de arma.

Desta forma, como bem ponderou Fernando Capez (1997, p. 50) trata-se de um tipo “natimorto”, sem qualquer possibilidade de aplicação prática.

## 2.5. Concurso de Crimes

O surgimento do tipo penal ora analisado levantou outros questionamentos no que diz respeito ao concurso de crimes. Fica ou não absorvido pelo delito

(estupro, roubo, etc.) praticado com o emprego da arma de brinquedo ou simulacro de arma?

Por primeiro necessário assentar que o dispositivo sobre emprego de arma de brinquedo, previsto na Lei 9.437/97, não configura crime-fim, mas sim crime-meio.

A péssima redação do dispositivo legal em questão leva-nos a uma interpretação que apresenta-se totalmente absurda e inconcebível. Com o emprego da arma de brinquedo, num crime de roubo, por exemplo, teríamos dois delitos: roubo e o delito autônomo ora analisado. Estaríamos diante de um concurso material ou concurso formal imperfeito de crimes. Por outro lado, se o agente pratica um roubo com arma de fogo, teríamos crime único agravado. Nada mais absurdo e ilógico.

Tendo em vista essa situação, Luiz Flávio Gomes (1999, p. 174) afirma que a lei contém uma mensagem absurda:

... não cometam roubos com arma de brinquedo, porque nesse caso são dois os delitos; cometam com arma verdadeira, pois então teremos um só. Nada mais estapafúrdio, nada mais desarrazado! Se a função da norma penal é a tutela de bens jurídicos, a mensagem conclusiva que seria obtida viria em conflito absoluto com essa finalidade.

Nesse sentido Julio Fabbrini Mirabete (1997, p. 115) ilustra a situação com um exemplo esclarecedor que trazemos à colação:

Suponha-se a prática de um crimes de estupro praticado por meio de ameaça consistente na utilização de arma verdadeira. Não prevendo o art. 213 do CP qualquer qualificadora, a pena mínima para o autor do delito é o previsto nesse dispositivo, ou seja, seis anos de reclusão. Suponha-se, porém, que a ameaça é realizada com a utilização de arma simulada. Neste caso, haveria um concurso formal próprio dos dois delitos: o do estupro e o de utilização de arma de brinquedo, obrigando a que, por força do art. 70, *caput*, do CP, 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.

---

<sup>7</sup> O artigo 288 do Código Penal tem seguinte redação: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes” (grifamos).

Tomemos ainda outro exemplo a cerca do crime de roubo, para o qual há previsão de causa de aumento de pena pela utilização de arma: se utilizar arma de fogo comete um único crime agravado; se utilizar arma de brinquedo comete dois crimes.

Ainda no tocante ao crime de roubo, imaginemos a situação em que duas ou mais pessoas pratiquem um roubo utilizando-se de arma de fogo, a pena mínima abstrata será de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses (art. 157, § 2º, I e II, CP); se, por outro lado, roubarem com arma de brinquedo, havendo concurso material, a pena mínima abstrata será maior, qual seja, 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de privação da liberdade.

É claro que não podemos chegar à conclusão de que deve ser penalizado mais severamente o agente que se utiliza de arma de brinquedo em contraposição ao indivíduo que utiliza uma arma verdadeira.

Por isso, trata-se de crime-meio, que deve ser absorvido pelo crime-fim, implicando na inaplicabilidade prática do artigo 10, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.437/97.

Conquanto nossos tribunais tenham sido provocados somente para se manifestarem a cerca do concurso com o crime de roubo, oportuna a transcrição dos seguintes entendimentos jurisprudenciais:

A doutrina majoritária continua firme no sentido de que a arma de brinquedo não qualifica o crime de roubo, também não devendo prevalecer a figura autônoma prevista no art. 10, § 1º, II, da Lei 9.437/97 (TJRJ - Ap. - Rel. Marcus H. P. Basílio - j. 21.09.1999 - RDTJRJ 44/387).

Concurso formal - Roubo e emprego de arma de brinquedo - Descaracterização - Figura prevista no art. 10, § 1º, II, da Lei 9.437/97 que integra e qualifica o crime contra o patrimônio - "O emprego de arma integra e qualifica o crime de roubo, não havendo como admitir-se a incidência das duas normas penais, em concurso formal, pois, se o agente, para subtrair coisa alheia móvel, utiliza arma, ainda que de brinquedo, os dados compositivos básicos do art. 10, § 1º, II da Lei nº 9.437/97 se incorporam à perfeição no tipo do crime de roubo" (TACRIM-SP - Ap. - Rel. Eduardo Goulart - j. 30.09.1999 - RT 774/610).

Roubo qualificado - Emprego de arma de brinquedo - Absorção da infração do art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97 - Necessidade: A posse de

arma de brinquedo, quando reconhecida como qualificadora do roubo, não pode se erigir na infração autônoma prevista no inciso II do § 1º do art. 10 da Lei nº 9437/97, em face do princípio da especialidade (RJTACRIM 43/266).

Em todos os casos está reconhecida a absorção do delito tipificado na Lei de Armas pelo crime-fim, porquanto sua incidência traria aos malfeitores a mensagem absurda a que se referira Luiz Flávio Gomes.

## 2.6. A Nova Orientação do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, tribunal máximo em se tratando de lei federal infraconstitucional, não ficou alheio à celeuma instalada na doutrina e jurisprudência a cerca da qualificação ou não do crime de roubo realizado com o emprego de arma de brinquedo, sendo que, no ano de 1996, editou a súmula de número 174 que tinha a seguinte redação: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”. No entanto, a súmula em questão não pacificou o entendimento, pelo contrário, foi alvo de duras críticas.

Tanto que os juízes de primeiro grau e os Tribunais de Apelação não mantiveram uma mesma linha de entendimento, alguns reconheciam o roubo qualificado, outros, com aplauso da maioria da doutrina, afastavam a incidência da qualificadora.

Vejamos o que ocorreu com o caso que, em julgamento no Superior Tribunal de Justiça, levou a revogação da tão criticada súmula, segundo relatado por Luiz Flávio Gomes (2002).

Em primeira instância o Juiz acatando os argumentos do Promotor de Justiça houve por bem condenar o réu pela prática de roubo qualificado em razão do emprego de arma de brinquedo. Inconformado, o réu recorreu, e o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo reformou a sentença do Juiz de Primeiro Grau, afastando a qualificadora, entendendo que arma de brinquedo não é arma.

A reforma da sentença de primeiro grau motivou o Ministério Público a interpor recurso especial fundando na Súmula 174 do STJ, objetivando o restabelecimento da sentença de primeiro grau.

O recurso especial interposto pelo Ministério Público recebeu o número 213.054 e foi distribuído à 5ª Turma do STJ, tendo por relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca. Por ocasião do julgamento a 5ª Turma, em deliberação unânime, decidiu levar o caso para ser julgado pela 3ª Seção, onde seria discutido também a subsistência ou não da súmula em questão.

No dia 26 de setembro de 2001 o assunto entrou em discussão na 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Manifestou-se em primeiro lugar o Ministro Edson Vidigal, votando pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público, a majoração da pena do crime de roubo pelo reconhecimento da qualificadora, e a subsistência da Súmula de nº 174. No entanto, acabou ficando vencido e isolado, pois os Ministros Félis Fisher, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Paulo Galloti e o relator José Arnaldo da Fonseca votaram pela confirmação da decisão proferida pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, repudiando a agravação do crime de roubo pelo emprego de arma de brinquedo e pugnando pela revogação da súmula 174. Nessa ocasião o Ministro Fontes de Alencar pediu vistas do processo.

Embora o Ministro Fontes de Alencar tenha pedido vista, já há seis votos a favor do cancelamento da súmula e apenas um contra, sendo praticamente impossível a reversão das votações.

Os Ministros que votaram a favor da cassação da súmula nº 174 levantaram os seguintes argumentos:

- (a) o Direito penal representa um conjunto de princípios garantistas que não podem ser superados por argumentos supraleais;
- (b) os argumentos supraleais podem abrir uma brecha perigosa para as liberdades fundamentais;
- (c) o agravamento da pena pelo uso de arma de brinquedo fere o princípio elementar da reserva legal;
- (d) esse

agravamento da pena, ademais, constitui verdadeiro “bis in idem”; (e) a arma de brinquedo deve ser considerada como circunstância judicial no momento da fixação da pena; (f) tratar p réu que usa arma de brinquedo de forma igual ao que usa arma verdadeira significa patente violação ao princípio da proporcionalidade; (g) argumentos supralegais valem de lege ferenda, não de lege lata; (h) os livros e os mercados editoriais são relevantes para a construção de um Direito penal previsível e seguro; (i) que não deve existir Súmula sobre temas não pacificados na jurisprudência; (j) que a arma de brinquedo serve tão-somente para intimidar a vítima e configurar o delito de roubo (não para agravar a pena); (l) que o uso de arma de brinquedo está muito mais próximo da fraude que da violência; (m) que o “caput” do art. 157 fala em “grave ameaça” enquanto o § 2º, inc. I, fala em emprego de arma; (n) que está proibida a analogia in malam partem do Direito penal; (o) que arma, conceitualmente, é sempre objeto de ataque; (p) que o juiz não pode em suas decisões adotar o mesmo simbolismo do legislador, que fabrica leis penais a cada momento para atender aos reclamos midiáticos ou sociais; (q) que o cancelamento da Súmula 174 não significa um “salvo conduto” para a violência; (r) que as súmulas não podem engessar eternamente o Direito; (s) que o relevante é ter presente a incolumidade física não a psíquica da vítima para efeito do agravamento da pena; (t) que o conceito (histórico) de arma no § 2º, inc. I, já vinha da do pelo antigo art. 19 da LCP (arma verdadeira) etc (GOMES, 2002).

Ora, o Superior Tribunal de Justiça, acatando aos reclamos da doutrina e fundado em princípios constitucionais acabou por reconhecer que o ramo do Direito Penal não pode se preocupar com fatos que não tem o condão de ferir um bem jurídico autônomo relevante.

Desta forma, embora a decisão do STJ tenha se pautado pela configuração ou não do roubo agravado no caso de emprego de arma de brinquedo, a decisão mostra-se relevante nos motivos que determinaram a cassação da súmula.

Assim, acabou por reconhecer que a arma de brinquedo, não tendo sequer o condão de configurar uma circunstância qualificadora, não pode ensejar tipificação autônoma, pois não viola bens jurídicos dignos de ensejar a proteção penal.

De notar-se porém, que a decisão apenas leva ao cancelamento da súmula, não havendo qualquer impedimento a que Juizes, Desembargadores e Ministros ainda continuem adotando a posição contrária. O que se espera é que ajam com bom senso, pois em face do ordenamento jurídico atual não há como reconhecer a causa de aumento de pena pelo emprego da arma de brinquedo.

A jurisprudência sobre as armas de brinquedo, até os dias atuais, restringe-se praticamente à questão do uso da arma de brinquedo no crime de roubo e é bastante dividida.

### 3. PROPOSTA DE LEGE FERENDA

O ordenamento jurídico atual não confere às armas de brinquedo qualquer relevância jurídica, uma vez que, o tipo penal que pretendeu incriminar de forma autônoma o emprego de arma de brinquedo ou simulacro de arma para o fim de cometer crimes é inconstitucional além de inaplicável, e o Código Penal, da forma como se encontra redigido, não permite sequer a relevância da arma de brinquedo como causa de aumento de pena.

A inclusão do inciso II ao § 1º do artigo 10 da Lei de Armas, ao que tudo indica, ocorreu para dirimir a celeuma instalada a cerca da configuração ou não da causa de aumento de pena do crime de roubo pelo emprego de uma arma de brinquedo.

A esse propósito, duas correntes se formaram na doutrina e na jurisprudência, às quais podem ser denominadas de subjetiva e objetiva. A primeira sustenta que se a arma de brinquedo for apta para intimidar a vítima, funcionará como se fosse arma verdadeira, e a agravante poderá ser reconhecida. A corrente objetiva entende que a lei fala em arma, que é um instrumento apto a lesar a integridade física, a arma de brinquedo não pode funcionar como circunstância agravante, pois arma de brinquedo não é arma.

Os defensores da corrente objetiva afirmam que, em face do ordenamento jurídico atual, a configuração da causa de aumento de pena pelo uso da arma de brinquedo ofende cinco princípios básicos do Direito Penal moderno: o princípio do Direito Penal objetivo, princípio da legalidade, princípio da ofensividade, princípio do *ne bis in idem* e princípio da proporcionalidade.

O legislador procedeu uma modificação na legislação penal para tentar dar relevância jurídica às armas de brinquedo através da inclusão de uma figura típica

na Lei de Armas. No entanto, como já assentado não foi feliz, pois além de inconstitucional, o dispositivo em destaque padece de graves vícios em sua redação.

No entanto, há possibilidade de corrigir-se esse defeito legislativo procedendo-se uma alteração no Código Penal, garantindo-se às armas de brinquedo alguma relevância, destarte, jamais como delito autônomo.

A proposta que se faz é a de se alterar os artigos 146, § 1º; 157, § 2º, inciso I; e 158, § 1º, todos do Código Penal, em que o emprego de arma configura uma causa especial de aumento de pena.

Essa alteração poderia ser feita nesses próprios dispositivos, acrescentando-se após a palavra “arma” a expressão: “arma de brinquedo ou qualquer simulacro de arma com capacidade de atemorização”.

A redação dos dispositivos se apresentaria da seguinte forma:

Art. 146 ...

§ 1º As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas, arma de brinquedo ou qualquer simulacro de arma com capacidade de atemorização.

Art. 157 ...

§ 1º ...

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

I - se a violência é exercida com emprego de arma, arma de brinquedo ou qualquer simulacro de arma com capacidade de atemorização.

Art. 158 ...

§ 1º Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, arma de brinquedo ou qualquer simulacro de arma com capacidade de atemorização, aumenta-se a pena de um terço até a metade.

A alteração legislativa poderia ainda ser procedida através da inclusão de um parágrafo em cada um desses artigos, onde se faria uma interpretação autêntica, afirmando que onde se empregou a expressão “arma” deve-se entender todo instrumento que tenha forma de arma e goze de capacidade de atemorizar a vítima.

Essa alteração possibilitaria a configuração da causa de aumento de pena quando a intimidação ocorresse não somente com simulacro de arma de fogo, mas também com instrumento que imitem a forma de outra arma, como, por exemplo, de uma arma branca.

Note-se que com essas alterações não há mais que se falar em ofensa aos princípios do Direito Penal objetivo, da legalidade, da ofensividade, do *ne bis in idem* ou da proporcionalidade, tão aclamados pelos defensores da corrente objetiva.

Isto porque:

a) o emprego da arma de brinquedo ou simulacro de arma como causa de aumento da pena estaria expressamente prevista na lei;

b) a causa de aumento se justificaria na medida em que proporciona uma maior facilidade no ataque ao bem jurídico penalmente tutelado;

c) no delito de roubo não é somente o temor causado na vítima que justifica a causa de aumento de pena, mas o fato de que esse temor lhe tolhe a possibilidade de reagir e possibilita ao agente uma maior facilidade no ataque ao patrimônio.

d) não persistiria a ofensa ao princípio da ofensividade ou lesividade, porquanto não é no efetivo perigo em sua integridade física que a vítima estaria sujeita que funda-se a causa de aumento de pena, mas sim na maior facilidade de agir que teria o agente. Note-se que o roubo e a extorsão são delitos contra o

patrimônio e não contra a vida ou integridade corporal e o constrangimento ilegal é um delito contra a liberdade individual;

e) o princípio da proporcionalidade também não mais seria afrontado pois a arma de fogo e a arma de brinquedo exerceriam a mesma utilidade ao agente em relação ao bem jurídico (patrimônio e liberdade individual), qual seja, a maior facilidade de atuar.

Desta forma é possível atribuir-se relevância penal às armas de brinquedo (jamais como delito autônomo), sem ferir princípios constitucionais, mas o legislador elegeu a via errada e tornou inócua qualquer possibilidade de penalização daquele que se utiliza de arma de brinquedo no cometimento de crime.

## **CONCLUSÃO**

A introdução da arma de brinquedo ou simulacro de arma no campo penal como delito autônomo revela uma preocupação exacerbada do legislador em relação à chamada criminalidade de massa.

A idéia de solucionar os problemas acarretados pelo aumento de roubos, através da simples e pura criminalização da arma de brinquedo constitui um absurdo na legislação penal brasileira. Ora, o Direito Penal deve ser chamado a intervir somente quando extremamente necessário, ou seja, quando os demais ramos do Direito não puderem dar uma resposta satisfativa.

Ademais, foi de uma enorme infelicidade o legislador ao incluir o crime de porte ou utilização de arma de brinquedo na Lei de Armas, pois a base da incriminação da arma de fogo clandestina reside na sua capacidade lesiva, a qual não está presente nas armas de brinquedo.

O legislador não se limitou, no entanto, à inclusão da arma de brinquedo no rol das figuras criminosas. Foi muito além. Equiparou-a à arma de fogo e, não satisfeito, equiparou os preceitos secundários das duas condutas, ou seja, detenção de um a dois anos e multa, como se o poder vulnerante de uma e de outra fossem idênticos.

Por isso, chegou-se à conclusão de que o delito tipificado no artigo 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97, é inconstitucional por afronta aos princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e ofensividade ou lesividade. Ofende o princípio da proporcionalidade pois equiparou as penas dos delitos de porte de arma de fogo e porte de arma de brinquedo, sem se atentar para o fato de que ao porte de arma branca, com maior perigosidade, é mera contravenção penal.

Ofende, por outro lado, o princípio da ofensividade por não possuir capacidade lesiva para violar o bem jurídico tutelado pela Lei de Armas, nem outro bem jurídico digno de especial proteção penal.

Outrossim, a redação do tipo é, nos dizeres de Luiz Flávio Gomes (1999, p. 175), autofágica, pois o seu início “utilizar” não se coaduna com o final “para o fim de cometer crimes”, e ademais, poderia dar ensejo a uma mensagem absurda, que seria: quem comete crime com arma de brinquedo responde por dois delitos; quem realiza o mesmo crime com arma verdadeira só pratica um delito.

Assim, o dispositivo carece de aplicabilidade prática, embora tenha existência formal.

Por isso, a única solução para conferir às armas de brinquedo alguma relevância penal é promovendo uma alteração no Código Penal para incluir naqueles crimes que prevêm como causa de aumento de pena o emprego de armas no seu cometimento (roubo, extorsão e constrangimento ilegal).

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CAPEZ, Fernando. **Arma de Fogo: Comentários à Lei nº 9.437, de 20-2-1997**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. 2, tomo II.

FRANCO, Alberto Silva. **Arma de Brinquedo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 1997.

\_\_\_\_\_, et al. **Leis Penais e Sua Interpretação Jurisprudencial**. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

\_\_\_\_\_, et al. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

GOMES, Luiz Flávio. **ARMAS de brinquedo e sua (ir)relevância penal**. Consulex - Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 3, nº 28, p. 20-26, abr. 1.999.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei das armas de Fogo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.999.

\_\_\_\_\_. **STJ cancela súmula 174: arma de brinquedo não agrava o roubo**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 27.mar.2002

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, vol. 7.

INDALENCIO, André Fernandes. **Arma de Brinquedo e Repressão Penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, SP, ano 6, nº 62, p. 05, jan. 1.998.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 21 ed., São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 1 e 2.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_, et al. **Direito Penal e Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **A utilização de arma simulada para a prática de crimes: Reflexões sobre a lei nº 9.437/97**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro - dezembro, 1997.

NUNES, Leandro Gornicki. **Arma de Brinquedo e o Princípio da Legalidade**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, SP, ano 9, nº 104, p. 08-09, jul. 2.001.

NORCIA, André Luiz Rodrigo do Prado. **Arma de brinquedo (art. 10, § 1º, inc. II, da Lei 9437/97)**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 27.mar.2002.

PAGLIUCA, José Carlos Gabbis. **A Súmula 174 do STJ e o Art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, SP, ano 6, nº 70, p. 05-06, set. 1.998.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris Editor, 1989.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **Crime de Porte de Arma de Brinquedo (art. 10, § 1º, II, da Lei nº 9.437/97) Inconstitucionalidade**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, SP, ano 7, nº 87, p. 05-06, fev. 2.000.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil *Evolução histórica***. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SZNICK, Valdir. **Crime de Porte de Arma**. São Paulo: Leud, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis, **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994