

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

GABRIELE ANSELMO PREIS

**ARMA DE BRINQUEDO E O CRIME DE ROUBO: UMA ANÁLISE ACERCA DA
(IN) EXISTÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA, E A (IN) EFICÁCIA DE
INTIMIDAÇÃO DA VÍTIMA.**

CRICIÚMA

2013

GABRIELE ANSELMO PREIS

**ARMA DE BRINQUEDO E O CRIME DE ROUBO: UMA ANÁLISE ACERCA DA
(IN) EXISTÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA, E A (IN) EFICÁCIA DE
INTIMIDAÇÃO DA VÍTIMA.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. (ª) Alfredo Engelmann Filho

**CRICIÚMA
2013**

GABRIELE ANSELMO PREIS

**ARMA DE BRINQUEDO E O CRIME DE ROUBO: UMA ANÁLISE ACERCA DA
(IN) EXISTÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA, E A (IN) EFICÁCIA DE
INTIMIDAÇÃO DA VÍTIMA.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 03 de julho de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Alfredo Engelmann Filho - Orientador

Prof. Esp. Leandro Alfredo da Rosa

Prof. Esp. Marconi Borges Caldeira

Agradeço aos mestres do Curso de Direito. Com eles, tive a oportunidade de aprender além do que nos é transmitido em sala de aula. Ensinaram-me aquilo que é superior às leis e doutrinas. Deram-me exemplos de respeito e dedicação, que ultrapassam as salas de aula. Exemplos a serem seguidos, não apenas na profissão, mas na vida.

RESUMO

A arma de brinquedo equiparada a arma real pela semelhança, faz a vítima tomar a posição intimidatória, facilitando assim, a eficácia do crime bem como a fuga de quem o praticou. O artigo 157 § 2º do Código Penal determina o aumento de pena de um terço até a metade, se a violência ou grave ameaça é exercida com arma. Tal artigo protege o patrimônio, a integridade física e a liberdade individual, por se tratar de crime complexo. O cancelamento da Súmula 174 do STJ não impediu que os juízes e tribunais ainda continuassem adotando a orientação que determinava o agravamento da pena.

Palavras-chave: Crime contra o Patrimônio. Arma de Brinquedo. Roubo Qualificado. Súmula. Intimidação. Ameaça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	9
1.1 Princípio da Reserva Legal/Legalidade	9
1.2 Princípio da Ofensividade	13
1.3 Princípio da Culpabilidade	16
1.4 Princípio da Proporcionalidade da Pena	18
1.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	20
2 – TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO	23
2.1 Dos Crimes Contra o Patrimônio	23
2.2 Roubo Próprio	25
2.3 Roubo Impróprio	27
2.4 Causas de Aumento de Pena	28
2.5 Simulação de Arma e Arma de Brinquedo – Eficácia da Grave Ameaça	31
2.6 Crime Impossível: Eficácia do Meio – Absoluta	32
3 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - SÚMULA Nº 174	35
3.1 Recurso Especial 213.054-SP- Cancelamento da Súmula nº 174 do STJ	35
3.2 Entendimentos Jurisprudenciais acerca do afastamento e da não desclassificação	39
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste na questão da utilização da arma de brinquedo para o cometimento do crime de roubo, já que há grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, na questão da potencialidade lesiva para a vítima como meio eficaz de intimidação.

De um lado encontramos os que acreditam que na arma de brinquedo inexistente a potencialidade lesiva da arma real, logo o afastamento da majoração da pena. Este é um ponto importante, pois doutrinadores e jurisprudências têm entendimentos diversos.

Outros continuam adotando a orientação da Súmula 174 do STJ de agravamento da pena. Porém alguns entendem que não é cabível o reconhecimento da causa de aumento em razão da arma de brinquedo não ser arma de fogo. Igual é o entendimento dos nossos Tribunais Superiores.

No tocante ao fato de que a arma é um meio capaz de intimidar o ofendido de maneira tão eficaz quanto à arma verdadeira, serão uma das questões analisadas neste trabalho.

O estudo objetiva avaliar a real potencialidade lesiva para a vítima, assim como a aplicação da pena no crime de roubo utilizando-se da arma de brinquedo.

Destaca-se, ainda, que já foi considerado crime a conduta de portar arma de brinquedo, semelhante a arma de fogo, para o cometimento de crimes. Situação esta prevista na Lei nº 10.826/2003, que dispõe sobre o registro, posse e comercialização de arma de fogo e munição.

1 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Princípio da Reserva Legal/Legalidade

O princípio da reserva legal ou da legalidade vem constituir uma efetiva limitação ao poder punitivo do Estado, evitando o excesso. (BITENCOURT, 2004, p.10)

Para ser reconhecido, um longo caminho foi percorrido, com avanços e recuos. Hoje não admite desvios nem exceções, representando uma conquista da consciência jurídica obedecendo, assim, a exigência de justiça situação não reconhecida nos regimes totalitários. (BITENCOURT, 2004, p.10)

Em sua formulação clássica, *nullun crimen, nulla poena sine praevia lege*, na consagrada fórmula de *Paul Johann Anselm Von Feuerbach*, considerado o pai do direito penal (1775 – 1833). A formulação encontra espaço determinado previsto no texto do art. 1º, do Código Penal Brasileiro cuja redação é: “*não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”. (art. 1º, Código Penal Brasileiro) (ESTEFAM, 2010, p.110)

É chamado também de princípio da reserva legal, pois a definição dos crimes e das penas deve ser dada somente com exclusividade pela lei excluindo-se, assim, qualquer outro tipo de fonte legislativa, a não ser aquela. Logo, tem total formação teórica no princípio da anterioridade, vez que não haverá lei ou pena se não houver lei anterior para os definir e formatar. De modo que só assim, estabelecendo previamente as condutas típicas consideradas criminosas, bem como cominando as penas, é que se pode afastar o arbítrio do julgador e, em suma, se possa garantir ao cidadão o direito de conhecer qual comportamento é considerado ilícito, de modo a preveni-lo. (ANDREUCCI, 2008, p. 6)

Segundo Delmanto, o Código Penal inicia tratando do princípio mais importante, em razão da garantia do art. 1º, do CP. Aqui não se refere a crime, mas, sim a comportamento, expressando que nenhum possa ser considerado crime sem que uma lei anterior a sua prática, o defina como tal, garantindo segurança jurídica e garantia da liberdade de todas as pessoas, e impedindo que alguém possa ser

punido por seu comportamento que não era considerado delito a época de sua prática, impondo limites prévios para a pena a ser aplicada de modo que não seja arbitrária. (DELMANTO, 2010, p. 76)

Na Constituição Federal o princípio está amparado no art. 5º, inc. XXXIX, visando proteção aos direitos e garantias fundamentais. (BITENCOURT, 2004, p.10).

Quando tratamos dos princípios da reserva legal e da anterioridade em matéria penal, temos que tais princípios exigem a existência de uma lei formal elaborada pelo Poder Legislativo por meio das regras do processo legislativo constitucional. A lei precisa ser anterior ao fato e que escreva especificamente o fato que se quer determinar sendo crime. (MORAES, 2002, p. 313)

Cezar Roberto Bitencourt explica bem ao conceituar o princípio da legalidade dizendo que

“a elaboração das normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.” (2004, p. 10).

O primeiro código a positivar o princípio da legalidade foi o francês, de 1810. No Brasil, foi em 1824, na Constituição Imperial em seu art. 179. Em 1988, na atual Constituição Federal, passou a ser reconhecida como cláusula pétrea, não podendo ser suprimido nem por Emenda Constitucional. (ESTEFAM, 2010, p. 111)

O princípio da legalidade tem suma importância quando se fala de segurança jurídica, pois sem a base da lei escrita, ou seja, sem um conteúdo predeterminado anterior à conduta, não se pode punir cidadãos de atos não instituídos em lei. (ESTEFAM, 2010, p. 111)

O princípio da legalidade compreende os princípios da reserva legal, resguardando para o campo da lei a existência do crime e sua pena, e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal, lei anterior e cominação prévia. Assim, a irretroatividade da norma penal é um efeito decorrente desse princípio; toda norma de natureza penal não pode retroagir para prejudicar o réu. A irretroatividade da lei penal, como regra, só é aplicada à lei penal quando mais gravosa, quando vem piorar a situação do agente. A retroatividade da lei penal vem para favorecer o agente, aplicando a lei mais favorável, sendo anterior ou posterior ao fato delituoso. (CAPEZ, 2011, p. 57)

Determinadas doutrinas apresentam o princípio da reserva legal como um desdobramento ao princípio da legalidade. Tal princípio demanda não só a existência de uma lei que defina a conduta criminosa, como exige que a lei seja anterior ao ato e que tenha em seu texto conteúdo determinado. (ESTEFAM, 2010, p. 112)

A doutrina, segundo Capez, orienta que não há diferença conceitual entre legalidade e reserva legal. O princípio da legalidade corresponde aos enunciados da Constituição no art. 5º, XXXIX e ao art. 1º, do Código Penal. Neste princípio, temos outros dois princípios embutidos, o da reserva legal, que remete para o campo da lei a existência de crime e sua pena, e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento em que o agente pratique a infração penal. (CAPEZ, 2011, p. 57)

André Estefam fala quando se refere ao princípio da anterioridade, destacando a ideia de segurança jurídica e da necessidade de que a lei seja anterior ao ato, por questão de segurança e garantias. Caso pudesse ser elaborada *ex post facto*, após o cometimento do fato, tal incriminação destruiria, por completo, a segurança jurídica que se quer garantir com a legalidade. Tal relação é óbvia, sendo que não há legalidade sem a anterioridade. (ESTEFAM, 2010, p. 112)

A incriminação precisa se basear em lei no sentido formal. Não se pode empregar analogia na punição criminal de um fato, ou até mesmo o agravamento penal de uma infração definida em lei, em usos ou costumes. De outro norte, nada nos impede de utilizarmos os costumes para fundamentar normas permissivas. Os costumes podem atuar como fonte do direito penal, para compreensão de elementos do tipo penal, como a expressão “ato obsceno”, previsto no artigo 233, do Código Penal. (ESTEFAM, 2010, p. 113)

Alexandre de Moraes também trata da questão da analogia:

[...]

Essas exigências constitucionais impedem a utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e perspectivas sanções, bem como que no exercício jurisdicional o juiz converta-se em legislador, criando novas figuras típicas ou novas sanções. Dessa forma o princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou por considerações de conveniência social. (2002, p. 313).

Cesar Delmanto defende o emprego da analogia *in bonam partem*, quando se aplica em favor da liberdade do cidadão, considerando que não é só plenamente possível como inafastável. (DELMANTO, 2010, p. 77)

O princípio da legalidade é garantidor constitucional, questão fundamental a vida dos cidadãos. Este aspecto é garantia de liberdade, uma vez que só se pune alguém pela prática de crime que previamente precisa estar previsto em lei, sendo assim, temos a garantia e proteção contra a atividade e poder arbitrário estatal. Ainda, pode-se afirmar que já na sua origem política, tal princípio é consequência da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, temos o princípio da legalidade correspondente a um direito básico e fundamental do homem e, através dele, temos proteção contra qualquer forma tirana e arbitrária daqueles que detêm o exercício do poder, garantindo convivência em sociedade, sem o risco de ter sua liberdade cerceada pelo Estado. (CAPEZ, 2011, p. 58)

A interpretação das normas e dos princípios fica sujeita a outros fatores diferentes da analogia. A época e os fatores sociais são determinantes em cada tempo. O costume serve para pôr acordo ao preceito que está expresso, com a vida e a realidade social atual de cada lugar. (ESTEFAM, 2010, p. 113)

É indispensável que a lei defina o crime e a pena, pois é a lei que disciplina e delimita uma conduta lesiva ou idônea a por em perigo um bem jurídico relevante, além do que, prescreve uma consequência punitiva para quem a realiza. A justificativa é óbvia porque, ao fazê-lo, impõe-se limite à ilicitude penal e ao comportamento descrito, de modo que não permite que se estenda a um ato, sendo ele aproximado ou assemelhado a uma conduta criminosa. A eficácia do princípio da legalidade está condicionada à técnica legislativa que se aplica para a descrição das condutas proibidas ou ordenadas. É claro que seria impossível descrever e pormenorizar todas as condutas humanas que ensejam tipificação. Mesmo que minuciosa e detalhada, sempre corre-se o risco de ser insuficiente para alcançar todas as ações dos seres humanos, que apresentam-se cada vez mais surpreendentes e problemáticos. (STOCO, 2007, p. 52)

Na fase executória de um processo, o princípio da legalidade também se faz presente. Durante este período, que nada mais é que a concretização da sanção do Estado satisfazendo sua pretensão, impondo ao agente a pena aplicada, não se pode admitir que, depois de imposta a pena, pudesse o agente sofrer qualquer agravamento na execução sem prévia determinação legal. (ESTEFAM, 2010, p. 116)

O princípio da legalidade tem aspectos polêmicos com relação a quem ele protege. André Estefam cita *Franz von Liszt* propondo que o alvo de proteção seria o delinquente e não o cidadão. Porém, o autor discorda afirmando que “com o primado

da presunção de inocência (ou não culpabilidade), não se pode dizer que o princípio da legalidade protege o delinquente. Isto porque, salvo quando existir sentença penal condenatória transitada em julgado, ninguém poderá ser considerado como tal. O princípio protege, destarte, o cidadão.”. (ESTEFAM, 2010, p.116)

Rui Stoco diz que:

“A lei deve ser anterior quanto ao crime e prévia, no que diz respeito a cominação da pena, isto é, antes que ela surja, não há fato que receba a qualificação delituosa, nem previsão punitiva possível. É a consagração do princípio da irretroatividade da lei penal que, de qualquer modo, favoreça o acusado ou o condenado, princípio também reconhecido em nível constitucional (art. 5º, XL, da CF)” (2007, p. 37)

Outra discussão, refere-se ao fundamento do princípio. O princípio da legalidade teria como base o princípio da culpabilidade, já que pressupõe o conhecimento prévio da norma penal infringida. Outros autores acreditam que o fundamento é a proteção da confiança do cidadão que pretende agir dentro da lei, não correndo o risco de sofrer sanções penais. Há outros que defendem tratar-se de garantia da objetividade da lei penal estabelecendo, assim, de modo prévio, o que constitui delito e, por exclusão o que não constitui. O que se pode assegurar é que o princípio da legalidade impõe limites ao Estado, porém, não o impede de criar tipos penais injustos nem sanções cruéis e degradantes. (BITENCOURT, 2004, p. 10)

1.2 Princípio da Ofensividade

Este princípio expressa que não existe crime quando uma conduta não oferecer perigo concreto, efetivo e comprovado, ao menos, ao bem jurídico. Logo, não se faz de acordo que se dê preocupações às intenções e pensamentos das pessoas, enquanto que estes pensamentos não se exteriorizarem, em forma de conduta delitiva. Onde não haja um perigo real e concreto, não há o que se falar em ofensa ao bem jurídico. A função está na limitação ao poder de punir do Estado, e quando não houver conteúdo ofensivo aos bens jurídicos, não há proibição penal. (ANDREUCCI, 2008, p. 7)

A intervenção do Estado só se admite em termos de repressão penal quando houver efetiva e concreta ofensa a um interesse relevante socialmente. Por esta

razão o autor define como inconstitucionais todos os crimes chamados de perigo abstrato, pois no Direito Penal, só se admite a existência de infração quando de fato, há efetivo e real perigo concreto de lesão a um bem jurídico determinado. Neste sentido, Bitencourt entende que o legislador deve se abster de tipificar qualquer ação como crime, quando sendo incapaz de lesar, ou de colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal, quando não afeta ou não coloca em risco, não há infração penal. (BITENCOURT, 2004, p. 20)

Ofensividade, em suma, não significa dano material, mas sim, destruição do objeto material do delito, senão, afetação ou ofensa ao bem jurídico. Porém, a ofensa também ocorre como destruição efetiva do objeto, em casos de homicídio consumado, por exemplo. De modo geral o que costuma ocorrer é uma afetação, sendo ameaça, ou contra a liberdade pessoal. O que precisa é que se demonstre que da ação do sujeito se derivou o resultado perigoso, ou seja, uma afetação ao bem jurídico protegido. (GOMES, 2007, p. 474)

Fernando Capez defende que é possível a tipificação dos crimes de perigo abstrato como estratégia de defesa do bem jurídico tutelado, contra as agressões, reprimindo a conduta antes que venha produzir um perigo concreto ou um dano maior e efetivo. (CAPEZ, 2007, p. 18)

Este princípio tem como primordial conceito de que não se pode conceber a existência de qualquer crime sem que haja ofensa ao bem jurídico. O princípio da ofensividade tem como fonte um princípio clássico geral do direito, que é o *neminem laedere*, que constitui a base de sustentação de um novo sistema penal, distribuindo consequências, tanto no sentido político criminal, como no dogmático – interpretativo e de aplicação da lei penal. O autor utiliza a expressão “colocação em perigo” que deve ser entendida como exigência de um perigo concreto, essencial para que exista de fato a ofensa. (GOMES, 2007, p. 475)

Luiz Flávio Gomes cita uma posição dominante na Espanha que diz que os delitos de perigo iminente, concreto, requerem que a ação produza um resultado também concreto de lesão imediata ou próxima de, para algum bem jurídico. (GOMES, 2007, p. 476)

O perigo a que se refere, é um conceito normativo que depende de valoração judicial. Há perigo concreto no ato de disparar contra uma pessoa a fim de assustá-la, assim como há perigo também, no ato de conduzir um veículo embriagado. O que fará a definição de “perigo” ou não, será a verificação do resultado lesivo, quando

não se produz por razões alheias do autor que se ache fora do seu controle. (GOMES, 2007, p 476)

O princípio da ofensividade tem, no direito penal, o caráter de irradiar seus concretos efeitos em planos diferentes: no político-criminal e no dogmático. Serve como um guia na atividade do legislador, orientando para a exata formulação do tipo legal, com o objetivo de vinculá-lo a construção de tipos legais com um real conteúdo ofensivo a bens jurídicos que são realmente relevantes na sociedade, bem como critério de interpretação, se dirigindo ao juiz e ao interprete da lei, de modo que consiga destacar em cada caso, a real existência da ofensividade ao bem jurídico protegido. (GOMES, 2007, p. 477)

Dupla é a função deste princípio no direito penal: “político-criminal (momento em que se decide pela criminalização da conduta) e função interpretativa e prática (instante em que se interpreta e se aplica concretamente o Direito Penal). (GOMES, 2007, p. 478)

A primeira função tem papel limitador ao direito de punir do Estado, dirigida, especialmente, ao legislador. A segunda caracteriza-se como limitadora ao Direito Penal em si, dirigida ao juiz e ao intérprete. Enfatiza-se que são duas funções complementadoras e comunicáveis. (GOMES, 2007, p. 479)

Do ponto de vista dogmático, pode-se perceber que a ocasião de determinar que a ofensa, (lesão, perigo concreto ao bem tutelado) não é um quesito a mais que é exigido para a existência do delito, mas, sim, um requisito condicionado e limitado pela legalidade. É necessária a lei para que se possa descobrir o teor da ofensa, sendo a ofensa, a essência do delito. Conclui-se que não existe delito típico sem lei. É nisso que baseia a concepção do delito como um “fato ofensivo típico”. Uma vez que se conhece que a ofensividade é condição, ainda que não sendo única, da intervenção penal e que o delito é expressão de uma infração formal e material ao Direito, é mister que o legislador tome a descrição do fato típico como uma ofensa a um específico bem jurídico. Sobretudo, delito é a infração formal e material do Direito, a violação da norma imperativa, e principalmente da valorativa, podendo simplesmente, caracterizar a afetação do bem a qual se protege pela norma jurídica. O que se pretende do legislador é que possa expressar, de modo taxativo, a devida ofensividade da conduta na forma de lesão ou perigo. (GOMES, 2007, p. 481)

O princípio da ofensividade não se pode confundir com princípios que protegem os bens jurídicos, porque neles há uma série de limitações aos interesses

que podem receber a tutela do Direito Penal, pois não compete à ele tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos; ao Direito Penal está reservada a proteção de bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento da coletividade. No princípio da ofensividade, somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já tutelado sofre um ataque efetivo. (BITENCOURT, 2004, p. 21)

O delito não é apenas a violação da lei, mas, também, a violação da norma veiculada pela lei. Logo, quando o legislador não configura o tipo penal em termos ofensivos, tem a obrigação de extrair do texto legal, o significado mais profundo do princípio da ofensividade. (GOMES, 2007, p. 481)

Stela Prado e Fernando Capez relacionam o princípio da ofensividade com os crimes de arma de fogo. Nos crimes de perigo abstrato, basta a realização da conduta em si para que ocorra o efetivo perigo à coletividade, dispensando a análise da ocorrência subsequente. A lei só poderá presumir a ocorrência de perigo onde houver a possibilidade da ofensa ocorrer de fato. Quando verificamos que a conduta em si, não coloca o perigo, nem ofende o interesse tutelado, não há o que se falar em perigo ou risco. (CAPEZ, 2007, p. 18)

O Direito penal não pode incriminar qualquer conduta, mas sim aquelas que lesionam de fato, ou põem em perigo o bem jurídico, o que nos reporta aos princípios da ofensividade, lesividade ou exclusiva proteção de bens jurídicos. (GOMES, 2007, p. 484)

Entendimentos jurisprudenciais têm admitido como válidos os delitos de perigo abstrato, porque constituem uma forma legítima de punição das infrações penais.

1.3 Princípio da Culpabilidade

Durante longo período, as sanções penais se impuseram de qualquer modo, sem nenhuma exigência de que o fato fosse praticado dolosa ou culposamente. Na Idade Média, com a análise de documentos jurídicos, pode se notar a existência de responsabilidade por fatos causados por uma conduta ilícita, mas que não eram previstos nem queridos. (ESTEFAM, 2010, p. 116)

O princípio da culpabilidade tem raiz na Constituição Federal, afirmando que ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Na configuração mais básica, temos a definição de Cezar Bitencourt, “*não há crime sem culpabilidade*”. Apesar do Direito Penal primitivo caracterizar a culpabilidade pela responsabilidade objetiva, ou seja, pela simples produção do resultado, esta característica está praticamente abolida do Direito Penal atual. (BITENCOURT, 2004, p.13)

Rui Stoco lembra as hipóteses onde abstém de pena mesmo havendo culpabilidade:

[...]

“o princípio da culpabilidade exclui da apenação todo aquele que tenha atuado sob influência de condições psíquicas, pessoais ou situacionais, “que lhe impossibilitem o acesso normal, a proibição”, como ocorre, por exemplo, nos casos de reconhecimento de causas excludentes de imputabilidade ou de culpabilidade, ou nas hipóteses de erro de proibição invencível. O fato só pode ser atribuível a alguém que seja “motivável” pelas normas, quer dizer, que reúna as condições psíquicas de maturidade social para poder captar o sentido das proibições penais, o que não ocorre nos inimputáveis que são menores de idade ou sofrem de enfermidades mental, falta de inteligência ou percepção ou transtorno mental transitório”. (2007, p. 44)

André Estefam diz que para conseguir caracterizar o princípio da culpabilidade é necessário que encontremos três dimensões: a) a proibição de responsabilização penal sem dolo ou culpa; b) a vedação de aplicação da pena sem culpabilidade, isto é, desprovida de imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude do ato e exigibilidade de outra conduta e c) a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido. (ESTEFAM, 2010, p. 117)

Cezar Roberto Bitencourt atribuiu um triplo sentido de culpabilidade. O primeiro tem a culpabilidade como *fundamento da pena*, onde se refere a possibilidade do fato, ou não aplicação de uma pena ao autor de um fato típico, exigindo a presença de vários requisitos como, *consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta. Capacidade de culpabilidade*. A ausência de qualquer desses requisitos é elemento suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, temos a culpabilidade *como elemento de determinação ou medição da pena*. Aqui, a culpabilidade funciona não como fundamento, mas como limite da pena, impedindo que seja imposta aquém ou além da medida prevista. A terceira ideia de culpabilidade tem conceito contrário à responsabilidade objetiva. Aqui, o princípio da culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade objetiva,

de modo que ninguém responderá por um resultado que seja totalmente imprevisível, quando não tiver dolo ou culpa. (BITENCOURT, 2004, p. 13, 14)

O princípio da culpabilidade aparece em algumas doutrinas como responsabilidade penal, que significa a exigência de um autêntico injusto típico, direto ou de colaboração, objetiva ou subjetiva, ou seja, exige-se a autoria ou participação para a configuração da responsabilidade penal, responsabilidade esta, que será sempre pessoal, pois no direito penal não há responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva. Havia somente uma hipótese de responsabilidade de caráter não pessoal, ou seja, de responsabilidade sucessiva que se encontrava na vigência da Lei de Imprensa, por exemplo, que foi revogada em 2009. Com a expressão pessoal, consegue que se excluam todas as formas de responsabilidades por fato de outrem, e com isso, se consegue indicar como a responsabilidade penal deve ser entendida com relação aos próprios atos. (STOCO, 2007, p. 44)

1.4 Princípio da Proporcionalidade da Pena

O princípio da proporcionalidade tem como origem a concepção limitadora ao poder estatal em relação a esfera particular e individual, de modo que estabelece uma relação de equilíbrio entre o meio dos quais possui, e o fim a qual ele se objetiva. (ESTEFAM, 2010, p. 123)

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já se previa e exigia-se que fosse observada a proporcionalidade no que se refere à gravidade do crime praticado e a sanção imposta aplicada, art. 15 “*a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito*”. (BITENCOURT, 2004, p. 22).

Porém, o princípio da proporcionalidade da pena foi consagrado no constitucionalismo moderno, recepcionado pela Constituição Federal Brasileira, em vários dispositivos, tais como: *exigência de individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para mais graves. (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV)*. O que se busca é a eliminação da intervenção estatal desnecessária na vida dos cidadãos. Por consequência, estas ideias provenientes do Direito Natural e do Iluminismo, fizeram

com que o autoritarismo do Estado diminuísse, assegurando ao indivíduo um espaço novo na ordem social. Tal efeito implica na recusa de qualquer intervenção ou punição desnecessária e exagerada. Esta orientação impôs maior respeito à dignidade humana e à proibição de excesso. Diante da exigência de proporcionalidade deve-se determinar um juízo de ponderação na relação crime e pena existindo, por consequência, um equilíbrio entre a gravidade penal e a pena aplicada. (BITENCOURT, 2004, p. 23)

É certo que o princípio da proporcionalidade observa o mal causado pelo ilícito bem como a aplicação da punição. O que se espera é a justa retribuição do delito praticado e a sanção imposta, após ser processado. (ANDREUCCI, 2008, p. 9)

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão ligados. Porém, não se confundem. A razoabilidade está voltada para a questão do controle do abuso realizado em situações inequívocas e extremas. A proporcionalidade, por sua vez tem formulação teórica e mais apurada e, segundo André Estefam, divide-se em três: juízo de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito. A adequação verifica se os meios utilizados pelo legislador, para assegurar o fim, são idôneos. Na questão da necessidade, o que se analisa são os meios lesivos escolhidos pelo legislador, dentre aqueles eficazes e cabíveis, os menos gravosos. Conclui-se examinar a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a gravidade da sanção imposta relacionada ao crime praticado. (ESTEFAM, 2010, p. 124)

Em determinados casos se utiliza do termo “razoabilidade” para que se possa identificar o princípio da proporcionalidade, sendo que a definição de razoável é justamente o conceito de proporcional, aquilo que tem aptidão para alcançar objetivos dos quais se propõe, sem que haja ou se apresente, excessos. A razoabilidade aqui exerce função de controladora quando se aplica o princípio da proporcionalidade. (BITENCOURT, 2004, p. 24)

Para o princípio da proporcionalidade, em um Estado Democrático de Direito, é indispensável que se faça o juízo de ponderação sobre a relação que existe entre o bem que é lesionado e colocado em perigo, e o bem que se pode alguém ser privado. Toda vez que essa relação não é admitida nem aplicada, por consequência, se estabelece uma desproporção não aceitável. O princípio está para que se estabeleça a cominação legal e a imposição das penas. No entanto, há um problema que consiste em descobrir qual o critério que deve ser utilizado para medir a proporcionalidade. Rui Stoco, em sua teoria, diz que, na verdade, não existe um

critério formado, mas que se deve buscar um juízo de adequabilidade entre gravidade e dano social do comportamento incriminado. Portanto, a gravidade do fato, o grau de lesão ou de perigo por que passa o bem jurídico, precisa ser suficientemente relevante e importante para que se justifique a intervenção do direito penal. Ademais, não é possível aplicar de maneira mais gravosa uma conduta menos importante e de outro lado, castigar mais com penas brandas e leves condutas graves que atentam contra bens jurídicos tutelados. Stoco leciona que:

[...]

“a exigência da proporcionalidade não é somente de ordem jurídica, mas também requisito material da prevenção, pois somente penas proporcionadas à gravidade dos delitos e à sua valoração social estão em condições de motivar os cidadãos ao respeito à norma” (2007. p. 51)

Diante de tais ponderações, difícil não é verificar as hipóteses de desrespeito ao ordenamento penal brasileiro e aos princípios da proporcionalidade. A Lei nº. 8.072/90 é o exemplo mais evidente de desproporcionalidade entre delitos contra a vida e a integridade física e os delitos patrimoniais. Aqueles punidos com brandura e estes com tamanha severidade, constituindo uma inversão de valores.

“As penas mais graves deve ser reservadas para os delitos que atacam os bens jurídicos mais fundamentais, pelo que a medida máxima das penas poderia bem ser determinada a partir dos delitos contra a vida e a saúde, posicionando-se esses bens na cúspide do ordenamento hierárquico de bens jurídicos, como parece próprio de um Estado social e democrático de Direito” (ZAPATERO E LATORRE apud STOCO, 2007, p.51, 61)

Neste sentido o princípio da culpabilidade também aparece não como fundamento, mas como limite. Exige-se proporcionalidade ente a gravidade do perigo e a lesão que se pode produzir. (BITENCOURT, 2004, p. 24)

1.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Do Estado Democrático de Direito encontramos princípios reguladores em todos os campos de atuação humana e do direito. Na esfera penal, há um princípio norteador que está a regular todo o sistema de normas e leis, transformando o direito penal democrático. A começar deste princípio, partem vários outros,

encontrando guarida e fornecendo orientação ao legislador no momento da definição das condutas delituosas. (CAPEZ, 2011, p. 28)

O princípio da dignidade da pessoa humana tem destaque na esfera normativa constitucional, sendo um princípio fundamental até na esfera criminal e, mesmo não sendo tipicamente penal, atua em todos os ramos do direito. Os reflexos na matéria criminal são abstratos e devem encontrar definição dentro da Constituição Federal. Porém, o autor exemplifica mostrando que não podemos afirmar que o cárcere e a restrição a liberdade de criminosos, possa violar a dignidade da pessoa humana, porque as penas privativas de liberdade estão expressas e autorizadas pela norma Constitucional. De outro lado, a aplicação de penas cruéis vulnera a dignidade da pessoa humana, mesmo porque é proibição expressa na Constituição Federal Brasileira. (ESTEFAM, 2010, p. 122)

A dignidade da pessoa humana é valor moral, espiritual, inerentes à pessoa humana, trazendo consigo a pretensão ao respeito em relação às demais pessoas. Fundamental como o direito à vida, à intimidade, à honra, e à imagem, este princípio aparece como consequência e consagração imediata, prevista na Lei Maior. A concepção divide-se em duas. A primeira, prevê um direito individual e protetivo, em relação ao Estado e em relação aos outros indivíduos. A segunda, determina o dever fundamental de tratamento igual dos próprios semelhantes. Tal dever se configura pela exigência de que o indivíduo deve respeitar a dignidade do outro como a Constituição Federal exige que lhe respeitem a sua dignidade. (MORAES, 2002, p.129)

Fernando Capez ressalva que, ao legislador cabe escolher os interesses que merecerão a tutela penal, assim como os operadores do direito, no momento em que aplicam ou adéquam a norma, verificando se o conteúdo material da conduta atenta contra à dignidade humana ou aos princípios que dela derivam. Se positivo, estará manifestada a inconstitucionalidade da norma. A adequação concreta, assim como o tipo, deve operar sempre em conjunto com os princípios constitucionais do direito. Necessário é saber se a conduta criminosa tenha realmente conteúdo de crime, uma vez que crime não é o fato do qual o legislador diz ser, mas, sim, o ato que coloca em perigo valores fundamentais da sociedade. (CAPEZ, 2011, p. 29)

A humanidade das penas também é questão relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Luiz Flávio Gomes, ao tratar da humanização das penas, ressalta que ninguém pode ser submetido à tortura nem a tratamento

desumano ou degradante, e nenhuma pena deve ser cumprida de maneira que venha a oferecer ofensa à dignidade da pessoa humana. Sabemos que a realidade dos presídios brasileiros é deprimente e lamentável na mesma proporção em que as entidades públicas e civis não encaram este fato com seriedade. Pelo contrário, a atitude atual é de abandono. Ao juiz cabe a recusa da aplicação da pena indigna. (GOMES, 2010, p. 511)

A Constituição Federal veda qualquer tipo de tortura, tratamento desumano e degradante a qualquer pessoa, mesmo sendo criminoso. As penas devem assumir posição humanitária. Logo, a Constituição Federal de 1988 não admite pena como a de morte, de prisão perpétua, de trabalho escravo e quaisquer outros tipos de penas cruéis, em respeito à pessoa do preso. (ANDREUCCI, 2008, p. 10)

Fernando Capez leciona a respeito, afirmando que é do Estado Democrático de Direito que parte o princípio da dignidade humana e que orienta toda a formação e caminhada do Direito Penal. Todo conteúdo típico que vai de encontro e afronta a dignidade humana deve ser considerado materialmente inconstitucional, visto que agride o próprio fundamento da existência de nosso Estado.

“cabe ao operador do Direito exercer controle técnico de verificação da constitucionalidade de todo tipo penal e de toda adequação típica, de acordo com o seu conteúdo. Afronoso à dignidade humana, deverá ser expurgado do ordenamento jurídico. (CAPEZ, 2011; p. 25)

O princípio em discussão é que orienta o legislador no momento da criação de novos tipos penais e cabe ao operador a adequação típica. (CAPEZ, 2011, p. 29)

2 – TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO

2.1 Dos Crimes Contra o Patrimônio

Os bens jurídicos protegidos de forma direta são a posse e a propriedade da coisa móvel, assim como a própria detenção, de forma que, portá-lo ou retê-lo, já representa um bem para quem possui ou detém a coisa. O crime de furto consiste tanto na violação ao direito de propriedade, quanto ao direito de posse. (BITENCOURT, 2008, p. 68)

A propriedade sofre o dano patrimonial quando há a subtração ou o desaparecimento da coisa sobre a qual tinha a posse. Contudo, a proteção da posse vem em primeiro lugar e, só após, se tutela a propriedade. (BITENCOURT, 2008, p.68)

Após tutelar a pessoa, sob os mais variados aspectos, preocupou-se a lei criminal, com a relação entre os homens e seus bens. Por óbvio, o legislador não se preocupou em proteger as coisas acima das pessoas e, sendo a pessoa o centro do ordenamento jurídico, não se pode dar menor importância às coisas tuteladas. A tutela da qual trata o código penal, não se encontra apenas no patrimônio, mas em vários bens fundamentais, como a vida, a saúde, a integridade e a liberdade individual. (ESTEFAM, 2010, p. 350)

A ação incriminadora consiste sempre em subtrair, diminuir, retirar sem ser pego, às escondidas, a coisa que pertence à vítima. A subtração pressupõe o não consentimento da vítima, ao contrário, o delito não se caracterizaria. Assim como a coisa alheia, sabendo que não podem ser objeto de furto as coisas que não possuem dono ou coisas abandonadas, conforme explica Regis Prado:

Alheia, no tocante ao delito de furto, é um termo utilizado para indicar que não podem ser objeto do crime as coisas sem dono, as coisas abandonadas, quando o dono renunciou à propriedade e as coisas comuns. A coisa deve ser *móvel*, podendo, por conseguinte, movimentar-se por si só ou por força humana. (2000 p. 369)

O elemento normativo é a condição “alheia”, é o que tipifica a subtração da coisa móvel, situação em que inexistindo, torna-se conduta atípica. É indispensável que a coisa pertença a alguém, não sendo necessária a identificação do proprietário

ou possuidor, apenas a comprovação de que o objeto tenha um dono, que pertença a alguém. (BITENCOURT, 2008, p. 68)

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa. Excluimos o proprietário da coisa e o possuidor sendo, por óbvio e indispensável, que a coisa seja alheia para que se caracterize o crime de furto. (STOCO, 2007, p. 780)

A ausência de dolo, que é o elemento subjetivo do tipo, caracteriza a atipicidade do fato e da conduta, excluindo-se o crime. Assim como para que fique caracterizado o crime de furto, é necessário, além do dolo, a vontade definitiva do agente em apoderar-se, em definitivo, do objeto furtado, não sendo suficiente apenas, que o sujeito queira gozar e usar da coisa por poucos instantes. (JESUS, 2004, p. 342)

O valor econômico da coisa furtada ou roubada é elemento implícito e inerente a noção de delitos patrimoniais, pois não se pode pensar na infração lesiva ao patrimônio de alguém, sem que este bem visado tenha expressão econômica. Esta característica encontra-se presente em quase todas as infrações contidas no Título II, do Código Penal, porém, não é requisito indispensável. O que deve se levar em conta é a concepção de patrimônio em seu sentido amplo, não apenas quando se trata de bem de expressivo valor econômico, mas, também, aquele bem que possa ser caro de maneira sentimental para seu titular. (ESTEFAM, 2010, p. 352)

Dentro do Capítulo I, do Título II do Código Penal, há a previsão expressa do crime de furto contra o patrimônio no artigo 155, sendo que todas as infrações componentes deste título, possuem como objeto jurídico o patrimônio. (ESTEFAM, 2010, 351)

A conduta de subtrair inverte o título da posse, sendo que o autor visa ter, para si ou para outro, o objeto do furto. Para esta configuração, é necessária a vontade de “*assenhoramento definitivo*”, caso contrário, a conduta descaracterizaria o crime de furto, e passaria a ser considerado furto de uso. (ESTEFAM, 2010, p. 356)

O furto de coisa comum, assim como o furto, também consiste na ação em subtrair para si ou para outrem coisa comum, coisa móvel, assim como o descrito no art. 155 *caput* do Código Penal. (PRADO, 2000, p. 385)

A violência empregada no crime de furto é sempre contra a coisa, e não à pessoa, assim como descreve Rui Stoco:

No crime de furto, a subtração se dá mediante violência à coisa, não à pessoa. A agressão criminosa provém do autor e à vítima só sobra a atitude de sofrê-la passivamente. Não integra a figura típica a violência, a grave ameaça ou a fraude. (2007, p. 781)

Coisas abandonadas não podem ser objeto de furto, não sendo alheias, são coisas sem dono e estão livres à apropriação por ocupação, adquirindo-lhe, assim, a propriedade. (STOCO, 2007, p. 781)

A extorsão, crime previsto no art. 158, §§ 1º e 2º, do Código Penal, também é configurada como crime contra o patrimônio. Neste caso, o que tipifica é o verbo *constranger*, que significa forçar, compelir, coagir sempre através de violência ou grave ameaça. É fato que os meios de execução da extorsão são iguais aos do crime de roubo, sem a presença da violência imprópria, presente naquele. Na extorsão, é a própria vítima que, coagida, se desapossa em favor do agente. (ESTEFAM, 2010, p. 404)

André Estefam faz diferenciações entre o crime de roubo e a extorsão:

[...]

a) quanto à ação nuclear: no roubo, há subtração; na extorsão, constrangimento;

b) quanto aos meios executórios: no roubo, a lei prevê o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa e de recurso que reduza a vítima a incapacidade de resistência (violência imprópria); na extorsão, violência ou grave ameaça contra a pessoa;

c) quanto à imprescindibilidade do comportamento da vítima: no roubo, diversamente da extorsão, a atitude da vítima não é *conditio sine qua non* para o êxito do desfalque patrimonial. (2010, p. 405)

A ação incriminadora está sempre objetivada no ato de subtrair, e o elemento da norma, para estes crimes, será sempre a coisa alheia móvel. Retira-se o que não lhe pertence, o que é de propriedade do outro, o que lhe é alheio, o que é móvel, mas que não lhe pertence. Tudo o que for móvel é passível de ser objeto dos crimes de furto ou roubo, havendo a possibilidade de deslocamento, remoção, transporte de um lugar para o outro. (PRADO, 2000, p. 385)

2.2 Roubo Próprio

No *caput* do art. 157, do Código Penal, temos previsto o crime de roubo próprio, crime complexo que possui dupla objetividade jurídica. O patrimônio, como

valor fundamental tutelado, e a integridade física pessoal da liberdade individual. (ESTEFAM, 2010, p. 400)

Como tipo subjetivo, o dolo consiste na consciência e vontade de ameaçar ou praticar violência física ou moral para a subtração da coisa alheia móvel. No roubo próprio o elemento subjetivo é ter a coisa para si ou para outrem. (STOCO, 2007, p. 782)

Damásio de Jesus, em sua doutrina clássica, define o roubo próprio:

[...] é o fato de o sujeito subtrair coisa móvel alheia, para ele ou para terceiro, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido á impossibilidade de resistência. (2004, p. 340)

Durante muitos anos o roubo foi tratado como furto agravado, pelo seu “modus operandi”, distinguindo-se apenas pelo emprego de violência ou a grave ameaça contra a pessoa ou, ainda, pela utilização de qualquer outro meio que impossibilite a resistência da vítima no momento da prática do crime. Porém, a distinção se faz indispensável, por que no roubo, a violência empregada é praticada contra a pessoa, enquanto que, no furto, é empregada contra a coisa. (BITENCOURT, 2008, p. 67)

O crime de roubo tem o mesmo objeto material do furto, a coisa alheia móvel, porém, o roubo é acrescido da pessoa contra quem é cometida a violência ou a grave ameaça. A diferença entre os dois crimes está na violência ou a grave ameaça que a vítima sofre, impossibilitando-a de resistência. (ESTEFAM, 2010, p. 387)

Este crime é consumado quando a coisa sai da esfera de vigilância da vítima e o sujeito passa a ter a posse tranquila da coisa, mesmo que por pouco tempo, ainda que o agente se desfaça ou destrua a coisa, ou ainda que o objeto se perca na fuga. A tentativa se dá quando o agente, por circunstâncias alheias à sua vontade, tenta obter a posse tranquila da coisa longe da esfera de vigilância da vítima. (STOCO, 2007, p. 797)

A grave ameaça que caracteriza o crime de roubo, consiste na capacidade de intimidar o ofendido, isso pode se dar através de gestos, palavras ou atos. Pode se dar o crime de roubo apenas no simples ato de dizer “isto é um assalto”. (ESTEFAM, 2010, p. 388)

André Estefam ilustra esta situação em sua doutrina:

[...] “a grave ameaça integrante do tipo do art. 157 do CP pode ser exteriorizada através de palavras. Logo, cometem roubo, não furto, os agentes que, em plena madrugada, em local pouco movimentado, acercam-se de duas

mulheres desacompanhadas e dizem-lhe “isto é um assalto” logrando arrebatá-la a bolsa de uma delas e subtrair o dinheiro ali contido” [...] (2010, p. 388, 389).

A grave ameaça que compõe o tipo penal de roubo pode manifestar-se de várias maneiras. Palavras, gestos ou atos, de forma que até mesmo apenas a exibição ou simulação de portar uma arma, pode meio para a consumação e eficácia do crime. (ESTEFAM, 2010, p. 388)

A configuração do crime de roubo se dá quando o agente atemoriza a vítima para conseguir o que deseja, para a eficácia do crime, para assegurar a própria escapada, importante é que a vítima tome conhecimento que se encontra em desvantagem em relação ao agente, logo porque atemorizou-a falando, ou demonstrando possuir arma, sendo ela de fogo ou não, o que vale é a intimidação da vítima para que não encontre meio de reação. (ESTEFAM, 2010, p. 390)

2.3 Roubo Impróprio

O roubo impróprio tem previsão no art. 157, § 1º, do Código Penal e se dá quando o agente, após ter subtraído o objeto, emprega violência ou grave ameaça contra a pessoa, a fim de assegurar sua impunidade ou a posse da coisa para si ou para terceiro. Tem como características a violência ou a grave ameaça que são empregados logo após a subtração da coisa, porém antes da consumação do furto. Esta relação é essencial pois, em caso contrário, haveriam dois crimes configurados em concurso, o furto e a lesão corporal ou crime de ameaça. A intenção é de garantir a detenção da coisa ou a impunidade pelo crime. (ESTEFAM, 2010, p. 391, 392)

A divisão de situações distintas, entre roubo próprio e impróprio, está no momento e a finalidade do uso. No roubo impróprio a violência ou a grave ameaça, é utilizada após ter a posse da coisa. Para a caracterização do crime de roubo próprio ou impróprio, é necessário que se saiba o momento exato da violência ou ameaça empregadas. (PRADO, 2000, p. 393)

A diferença está que, no roubo próprio, a violência ou a grave ameaça são meios para execução do que se subtrai, e no roubo impróprio estes meios são utilizados após a subtração, com o intuito de assegurar a posse do bem ou a impunidade do crime. (ESTEFAM, 2010, p. 393)

O roubo impróprio se consuma com a violência empregada posteriormente à ação de subtração. A tentativa é possível, neste caso, quando o agente pretende alcançar o resultado, porém, não consegue por circunstâncias alheias à sua vontade. (STOCO, 2007, p. 797)

A grave ameaça ou violência é meio de garantia para a detenção da coisa empregados sempre após a subtração, ou seja, na ocorrência do roubo impróprio, seguidamente ocorre a violência ou grave ameaça, configurando a modalidade de roubo impróprio. (BITENCOURT, 2008, p. 71)

Damásio de Jesus assim diferencia o roubo próprio do roubo impróprio:

A distinção entre roubo próprio e impróprio reside no momento em que o sujeito emprega violência contra a pessoa ou grave ameaça. Quando isso ocorre para que o sujeito subtraia o objeto material há roubo próprio. Quando, porém, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra a pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou continuar na sua detenção, para ele ou para terceiro comete roubo impróprio. A diferença se encontra na expressão “logo depois de subtraída a coisa” (§1º). Com esses termos, o CP não indica a consumação do furto, mas simplesmente a “tirada” da coisa. (2004, p. 340)

O elemento subjetivo no roubo impróprio é assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para outrem. (STOCO, 2007, p. 797)

Nestes casos, não se admite a utilização de qualquer outro meio, além da ameaça e violência, assim expõe Cezar Bitencourt:

No roubo impróprio, ao contrário do roubo próprio, não há previsão legal, como executivo, da utilização de “qualquer outro meio”, limitando-se ao emprego de violência ou grave ameaça. (2008, p. 77)

Outras interpretações extensivas ou por analogias, que possam incluir outros meios, além da violência ou grave ameaça, não podem ser admitidos, uma vez que a utilização do recurso “qualquer outro meio” não tipifica o crime de roubo próprio ou impróprio. (BITENCOURT, 2008, p. 79)

2.4 Causas de Aumento de Pena

As causas de aumento de pena estão previstas no § 2º, do artigo 157, do Código Penal. Aqui a lei determina que incida um aumento de um terço até a

metade, em relação a pena na modalidade do tipo básico. Aumento aplicado na terceira fase de dosagem da pena. (ESTEFAM, 2010, p. 394)

Uma das causas de aumento de pena é a violência ou ameaça quando exercida com o emprego de arma. Neste caso, o emprego da arma precisa ser efetivo, uma vez que apenas o fato de portar a arma, não constitui, por isso causa de aumento. (BITENCOURT, 2008, p. 81)

No entanto, Luiz Regis Prado, entende que apenas o porte ostensivo da arma, de modo que ameace a vítima, sem ao menos fazer uso do instrumento, já se torna suficiente para a caracterização da majorante. (PRADO, 2000, p. 394)

Diferentemente expressa Rui Stoco quando diz que o legislador, em 1940, levou em conta o meio utilizado pelo agente, sendo idôneo para lesionar ou causar perigo real a quem fosse empregado. Para que restasse configurado o roubo agravado, necessária é a existência da maior potencialidade lesiva contra a integridade física e também psíquica, e não apenas a capacidade de amedrontar a vítima. Completa, ainda, que, para haver a causa de aumento de pena, é imprescindível que se constate a vulnerante presente na arma. (STOCO, 2007, p. 798)

Contrário a essa interpretação se manifesta Fernando Capez:

O fundamento dessa causa de aumento é o poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, anulando-lhe a sua capacidade de resistência. Por essa razão, não importa o poder vulnerante da arma, ou seja, a sua potencialidade lesiva, bastando que ela seja idônea a infundir maior temor na vítima e assim diminuir a sua possibilidade de reação. Trata-se, portanto, de circunstância subjetiva. Assim, a arma de fogo descarregada ou defeituosa ou o simulacro de arma configuram a majorante em tela, pois o seu manejo, não obstante a ausência de potencialidade ofensiva é capaz de aterrorizar a vítima. (2007, p. 426)

O concurso de pessoas na prática de crime tipifica a majorante no roubo. André Estefam entende que indispensável se faz que a participação seja efetiva na execução do crime. A majoração da pena se faz necessária porque, uma vez que o autor se faz acompanhar por alguém, a facilidade na execução e êxito da empreitada são maiores. (ESTEFAM, 2010, p. 397)

Outra corrente defendida por Damásio de Jesus, explica que a majorante do concurso de pessoas se faz presente até mesmo quando não se encontrem os agentes presentes no local do crime:

Assim, incide a causa de aumento de pena se um agente planeja o crime, outro empresta o carro, outro apreende os bens, outro emprega violência, e outro faz

a vigilância do local. Argumenta-se que a lei se refere ao “concurso de duas ou mais pessoas”, o que abrange tanto a co-autoria como a participação. (2004, p. 347)

O que se pode afirmar é que, para o aumento de pena pelo concurso de agentes, é necessário que todos participem da execução do delito, de forma direta ou indiretamente. Como não está explícito no dispositivo legal de que forma cada um deve agir, conclui-se que, para cada caso, são aplicadas as regras gerais do concurso de pessoas, bastando, apenas, que qualquer um dos autores tenha praticado a violência ou a grave ameaça para a majoração do crime de roubo. (PRADO, 2000, p. 395)

No § 2º, inciso III, do mesmo dispositivo, temos a majoração quando a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância. Neste caso, o dispositivo protege a quem tem como ofício o transporte de valores. (PRADO, 2000, p. 395)

O sujeito deve ter ciência de que a vítima se insere neste contexto. A finalidade do transporte deve ser a condução de um local para o outro de quantias de valores, o que não é o caso de um taxista, pois não é prestador de serviços de transporte de valores. (CAPEZ, 2007, p. 322)

Outra causa de aumento de pena é a situação descrita no inciso IV, do § 2º, do art.157, subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro estado ou para o exterior. Introduzida pela Lei nº 9.426/96, prevê duas situações: o objeto material, que é o veículo automotor, e que este seja transportado para outro estado ou para o exterior. Na prática, em que pese a aplicação da pena, este tipo penal surte pouco efeito, funcionando, apenas como circunstância judicial, uma vez que para o cometimento do crime, utiliza-se da arma havendo concurso de pessoas na execução, não sendo este inciso uma agravante. (BITENOURT, 2008, p. 85)

No inciso V, temos o roubo de veículo automotor com sequestro da vítima. Aqui o que está sendo punido é a privação da liberdade da vítima. O que poderá influenciar, neste caso, é o tempo em que a vítima é mantida em poder do agente. Tempo suficiente para a subtração dos objetos do roubo, incide a pena prevista naquele dispositivo. Se mantiver tempo considerável, quando da consumação do crime, haverá concurso de crimes, roubo e sequestro. (ESTEFAM, 2010, p. 398)

2.5 Simulação de Arma e Arma de Brinquedo – Eficácia da Grave Ameaça

Como já visto, o inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, determina o aumento da pena de um terço até a metade quando a violência ou, até mesmo a ameaça, é exercida com emprego de arma. Neste ponto, podemos considerar tanto as armas próprias, específicas para a prática de crimes, o ataque e a defesa, como a arma de fogo, pistolas, revólveres, bombas e, também, as impróprias, que não são criadas para este fim, porém, totalmente capazes de ofender a integridade da pessoa, como as facas, canivetes, barras de ferro. (CAPEZ, 2011, p. 326)

Segundo Capez, o que fundamenta o aumento de pena é o poder de intimidação que a arma oferece contra a vítima, fazendo com que a sua capacidade de reação fique diminuída ou totalmente anulada, alcançando o êxito do crime. Neste caso, não importa a potencialidade lesiva da arma; o que fundamenta o aumento é o poder de intimidação que a arma oferece contra a vítima. Tratamos aqui de circunstância subjetiva, presente na arma de fogo descarregada ou com defeito e mesmo o simulacro de arma ou a arma de brinquedo. Todas caracterizam a majorante, mesmo não tendo potencialidade lesiva, são capazes de aterrorizar a vítima. (CAPEZ, 2011, p. 326)

Em razão da maior vulnerabilidade da vítima ameaçada, intimidada com a grave ameaça que a arma oferece, o aumento é aplicado. A maioria dos doutrinadores entendia que restava configurada a causa de aumento de pena, quando da utilização da arma de brinquedo, ou simulacro de arma. Após o cancelamento da Súmula 174 do STJ, que autorizava este aumento, as opiniões se dividem. (ANDREUCCI, 2008, p. 226)

Com a própria simulação do uso de arma de fogo durante o crime de roubo, já resta configurada a grave ameaça, pois esta conduta é caracterizadora do tipo penal de roubo e suficiente para intimidação da vítima. Tal situação cria o sentimento de medo, não importando se esta arma é verdadeira ou se é ineficaz contra a vida, pois, no momento do crime, a vítima não fará distinção em relação ao objeto empregado. (AMARO, 2007, p. 705)

De igual forma entende Cezar Roberto Bitencourt, quando doutrina a respeito da simulação do uso da arma ou da utilização da arma de brinquedo:

A simulação de estar armado ou a utilização de arma de brinquedo, quando desconhecida ou não percebida pela vítima, constituem grave ameaça suficientemente idônea para caracterizar o crime de roubo. O pavor da vítima, especialmente na atualidade, quando a população urbana anda dominada pelo medo coletivo, impede que realize uma atenta observação para constatar a realidade das coisas.

[...]

Na realidade, são irrelevantes os meios utilizados pelo sujeito ativo – reais ou imaginários – para amedrontar a vítima: mostrar que porta uma arma, fingir que a tem consigo ou simplesmente ameaçar de agressão tem a mesma idoneidade para amedrontar pessoas normais. (2008, p. 72)

Como meio de execução do roubo, a simulação de arma, para André Estefam, não autoriza que se reconheça a causa de aumento de pena, embora concorde que há divergência de entendimentos e correntes contrárias sendo aplicadas em decisões, mesmo que minoritárias. (ESTEFAM, 2010, p. 396)

A simulação de porte de arma constitui meio idôneo e intimidatório, eficiente para que diminua a resistência da vítima, constituindo a grave ameaça, meio de execução no crime de roubo. A mera simulação de portar arma de fogo, não constitui a causa de aumento de pena, pois não há arma alguma, porém é fator indispensável para a constituição da grave ameaça, caracterizando assim o crime de roubo. (CAPEZ, 2007, p. 321)

A causa de aumento de pena se configura quando da utilização da arma, não apenas o porte ostensivo. Exige-se que de modo efetivo o agente maneje a arma. O simples porte ostensivo configura a grave ameaça, meio de execução do crime de roubo, como já foi dito. Porém para que ocorra o aumento da pena, segundo Fernando Capez, é necessário que o agente aponte a arma em direção a vítima ou até mesmo que apenas engatilhe essa arma. (CAPEZ, 2007, p. 321)

2.6 Crime Impossível: Eficácia do Meio – Absoluta

No artigo 17, do Código Penal Brasileiro, temos a previsão de crime impossível, tentado, por ineficácia do meio ou por impropriedade do objeto, vejamos:

Art. 17 – não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Também chamado de tentativa inidônea, tentativa inadequada ou quase crime, o crime impossível não isenta de pena a quem o pratica, como sugere a redação do artigo 17 do Código Penal, mas, sim, atipicidade jurídica, pois não se admite criminalizar uma ação impossível de se realizar. (CAPEZ, 2011, p. 280)

Quando da ineficácia total do meio empregado ou a impropriedade absoluta do objeto, resta impossível a consumação do crime. A teoria adotada pelo Código Penal é a “*objetiva temperada*” sendo a conduta a questão relevante, pois não há risco a ser considerado. (PRADO, 2007, p. 44)

A ineficácia absoluta do meio ou do instrumento utilizado para a execução se determina quando estes objetos nunca poderão levar o agente à consumação dos fatos. Quando a ineficácia é relativa, tratamos então de tentativa e não mais de crime impossível. Utilizando exemplo citado por Fernando Capez, temos a tentativa de homicídio com a utilização de arma de brinquedo, restando configurado homicídio impossível. Porém, o doutrinador ressalta que, para o crime de roubo, a arma em questão é totalmente eficaz e apta, porque a devida intimidação e ameaça encontram-se presentes quando da utilização da arma de brinquedo. Já a impropriedade absoluta do objeto material se dá quando a pessoa ou a coisa, sobre a qual a conduta recai, são absolutamente inidôneas para que se produzam um resultado lesivo. (CAPEZ, 2011, p. 280)

Temos como ineficácia absoluta do meio, o instrumento empregado para a execução do crime, que jamais permitirá a consumação. Se não houver risco de lesão ao bem jurídico tutelado, não existirá crime. Stela Prado cita como exemplo, a ineficácia de uma arma de fogo, que não é apta para efetuar disparos, quando empregada para a consumação de um homicídio. (PRADO, 2007, p. 44)

Cezar Bitencourt classifica e diferencia o crime impossível, sendo a primeira a ineficácia do meio empregado, e a segunda a impropriedade do objeto:

São hipóteses em que, se os meios fossem idôneos ou próprios fossem os objetos, haveria no mínimo, início de execução de um crime. Na primeira hipótese, o meio por sua natureza, é inadequado, inidôneo, absolutamente ineficaz para produzir o resultado pretendido pelo agente. É indispensável que o meio seja inteiramente ineficaz. Se a ineficácia do meio for relativa, haverá tentativa punível.

[...]

Ocorre a segunda hipótese quando o objeto é absolutamente impróprio para a realização do crime visado. Aqui também a idoneidade tem de ser absoluta. (2009, p. 440)

Há crime na forma tentada quando a impropriedade ou a ineficácia é relativa. André Estefam, em sua doutrina, cita como exemplo a ação de acionar o gatilho de uma arma de fogo sem que os projéteis disparem. Desta forma o crime impossível resta desconfigurado na adequação típica de crime tentado. (ESTEFAM, 2010, p. 241)

Giuseppe Bettiol, professor italiano diz que o crime impossível, seja em que pese a inidoneidade da ação como na inexistência do objeto, ambos se enquadram também como crime putativo por erro de fato, seja pela falta do elemento constitutivo na ação ou do bem jurídico. (BETTIOL, 2000, p. 439, versão traduzida)

O crime impossível também é passível de punibilidade. Bitencourt classifica três teorias, a subjetiva, a objetiva e a sintomática. Na primeira teoria, o que se leva em consideração é a intenção real do agente, destacando que toda tentativa é inidônea porque não alcança o resultado motivado. Para esta teoria, o autor de um crime impossível, deverá sofrer a mesma pena da tentativa. Na teoria chamada de objetiva, diante da inexistência de elementos objetivos da tentativa sendo que o bem jurídico não corre perigo, não há porque se falar em punição para o agente. Na terceira teoria, busca-se avaliar a realização da conduta do agente, de modo a demonstrar sua periculosidade, quando restar demonstrado, deverá ser punido. (BITENCOURT, 2009, p. 440)

A teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro é a objetiva temperada. Quando ausentes os elementos objetivos da tentativa, com relação a punibilidade, não corre risco o bem jurídico, descartando o elemento subjetivo do agente. (ANDREUCCI, 2008, p. 53)

3 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - SÚMULA Nº 174

3.1 Recurso Especial 213.054-SP- Cancelamento da Súmula nº 174 do STJ

Houve o tempo em que a maior parte da doutrina e jurisprudência entendia e aplicava, que quando o crime fosse cometido com arma de brinquedo ou um simulacro de arma, estaria configurada a razão para o aumento da pena, vez que sua utilidade favorece o agente, reduzindo a capacidade de reação e resistência da vítima. Para fundamentação existia a súmula 174 do STJ. (ANDREUCCI, 2008, p. 226)

As opiniões divergem. Entretanto, são inúmeros os doutrinadores que apoiam o cancelamento desta Súmula, admitindo ser o meio executório do roubo, visando o não reconhecimento da causa de aumento de pena, por não haver arma alguma. Argumentam que, por inexistir, na arma de brinquedo, a potencialidade lesiva que possui a arma real, o afastamento do aumento da pena é medida que se adota, atualmente, pela maioria. Todavia, os mesmos autores que reconhecem o cancelamento da Súmula, admitem que haja discussão acerca da capacidade de intimidação do ofendido, sendo a arma de brinquedo tão eficaz quanto a arma de fogo, motivo pelo qual deve incidir o aumento quando da aplicação da pena. Nesse sentido, André Estefam:

O Superior Tribunal de Justiça havia assumido a segunda posição com a Súmula 174 (“No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”). Em 6 de novembro de 2001, contudo, a súmula foi cancelada. “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 determinou o agravamento da pena. (2010, p. 396)

Deste modo, entende também Rui Stoco, ao interpretar a lei, entendendo que nela existe a exigência de que o aumento da pena se dê pelo uso de arma capaz de ferir e não pelo uso da arma de simulação ou de brinquedo.

Este tipo de objeto é apto para qualificar o apoderamento como roubo, posto que a intimidação se logra toda vez que a vítima crê que é ameaçada com uma arma, mas não é apto para adequar o fato à figura agravada. Assim, pois, o apoderamento ilegítimo cometido com arma falsa ou simulada, é roubo, mas, não, roubo agravado. (2007, p. 799)

O autor vai além e cita Sebastián Soler:

(...) a arma é considerada do ponto de vista do poder intimidante que exerce sobre a vítima e que, em consequência, é roubo o fato cometido mediante emprego do que para a vítima era uma arma. Mas quando se trata de aplicar a agravante, não parece que a falsa arma, o revolver de brinquedo, seja suficiente, porque exigindo a figura que se trate de uma arma, faz-se necessário que o dolo do autor consista precisamente no emprego de algo que seja uma arma também para ele. (*apud* STOCO, 2007, p. 799)

Rui Stoco entende que não há razão para que se considere a arma de brinquedo integrante no conceito de arma, pois aquela não é apta para tal configuração. Contudo, reconhece que nem sempre foi assim. Por reconhecer o caráter intimidatório que a arma de brinquedo exerce sobre a pessoa, criou-se a Súmula 174 para regulamentação da situação. Durante a vigência da Súmula, entrou em vigor a Lei nº 9.437/97, que criminalizava, em seu artigo 10, § 1º, II, a utilização da arma de brinquedo ou simulacro de arma, para o cometimento de crimes com a capacidade de atemorização de outrem. Porém, o cancelamento da Súmula se deu pelo motivo de que o emprego da arma de brinquedo não apresenta um risco maior à integridade da vítima, apenas temor. Após o cancelamento, foi publicado o Estatuto do Desarmamento, em 2003 que, por sua vez, revogou a Lei nº 9.437/97. Entretanto, no Estatuto não há qualquer previsão quanto à tipificação penal como incriminação de emprego de arma de brinquedo para a prática de crimes. O que se tem é apenas a proibição de fabricação, venda e importação de arma de brinquedo e simulacro de armas de fogo, que possam ser confundidas com armas reais. (CAPEZ, 2007, p. 799, 800)

O cancelamento da Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça apontou um posicionamento jurisprudencial, porém não proibiu a aplicação da majorante pelo julgador, na hora de decidir. Fato é que vários Tribunais adotam este entendimento. A razão se dá que, para os julgadores, no roubo com arma de brinquedo, o que se considera, para a aplicação da qualificadora, é o temor que este objeto carrega, tal qual a arma verdadeira, apenas pela sua utilização. O que se analisa é o poder de intimidação da vítima fazendo com que se anule a capacidade de reação e, por óbvio, sem a utilização da arma de brinquedo provavelmente, vários crimes de roubo deixariam de acontecer. Quando sabido que a arma exerceu temor, bem como intimidou a vítima, é desnecessário que a arma possua potencialidade de lesionar a

vítima. O que se considerada, é o fator psicológico que ocorre no momento do crime. Ainda há jurisprudências que relacionam a arma de brinquedo com a arma sem munição ou ineficaz. O entendimento se mostra o mesmo, sendo a aplicação da Súmula cabível nestes casos também. (ANDREUCCI, 2008, p. 226, 227)

Mesmo com o cancelamento da Súmula em questão, Fernando Capez defende que a não incidência de aumento, só deve prevalecer quando a arma utilizada trazer evidente idoneidade que não sirva para o convencimento da vítima quanto à sua potencialidade lesiva. Hoje, a não aplicação do aumento da pena, encontra fundamento no perigo real que se emprega contra a integridade física da vítima. É preciso ser capaz de ferir, oferecer risco real, do contrário, fica desmotivada a majorante. Quando há o emprego da arma de brinquedo, sendo que esta se iguala a arma real para os fins característicos do crime de roubo, seu intento se resume à intimidação da vítima, o que é perfeitamente viável caso realizado com um simulacro. Por essa razão, o autor afirma que o agente deverá responder por roubo impróprio qualificado pelo emprego de arma. (CAPEZ, 2007, p. 426, 428)

Cesar Roberto Bitencourt entende que a idoneidade lesiva da arma é suficiente para caracterizar a ameaça, elemento que tipifica o roubo e afirma que este elemento não tem a mesma função para qualificar o crime:

O fundamento dessa majorante reside exatamente na maior probabilidade de dano que o emprego de arma (revolver, faca, punhal, etc.) representa e não no temor maior sentido pela vítima. Por isso, é necessário que a arma apresente idoneidade ofensiva, qualidade inexistente em arma descarregada, defeituosa ou mesmo de brinquedo. Enfim, a potencialidade lesiva e o perigo que uma arma verdadeira apresenta não existem nos instrumentos antes referidos. (2008, p. 81, *apud* SOLER, p. 266)

No crime de roubo, quando há o emprego de arma de brinquedo, este elemento é o que tipifica o roubo, mas não o qualifica nem o majora. Neste entendimento, o autor defende que a qualificadora se encontra na potencialidade lesiva e no perigo que a arma verdadeira oferece, e não na intimidação que a vítima sente. O anseio de ameaça provocado na vítima tipifica o roubo, não tendo efeito suficiente para majorá-lo. Antes do cancelamento da Súmula, o entendimento era admitido em caráter subjetivo baseado na intimidação da vítima. O crédito se dá em favor da vítima que, desconhecendo ser aquela arma de brinquedo ou, até mesmo, inapta para efetuar disparos, crê ser real a arma que lhe é apontada, atemorizando-a

logo, autorizando a majoração na aplicação da pena, pois o objetivo é a anulação da capacidade de resistência da vítima. (BITENCOURT, 2008, p. 82)

Outro motivo para o autor entender pelo não reconhecimento da aplicação da majorante, é que a Lei se refere e exige o uso de armas. Porém, a arma de brinquedo não é arma, mas brinquedo. Diante destas razões, o autor não reconhece apropriada a aplicação da majorante quando o crime é cometido com o uso deste tipo de arma, inapta, como se refere, para produzir disparos. (BITENCOURT, 2008, p. 81, 83)

Entendimento semelhante tem André Estefam. Porém, ressalva que, mesmo com o cancelamento da Súmula, não há impedimento para os Juízes e Tribunais de aplicarem o entendimento para a majoração da pena. Ademais, a apreensão da arma não é requisito imprescindível para que se reconheça o aumento sendo, apenas, a palavra da vítima necessária como meio de prova. Cabe à defesa do acusado, comprovar o contrário. (ESTEFAM, 2010, p. 396)

Fernando Capez retira entendimentos jurisprudenciais de Tribunais de todo o país, motivos e razões relevantes para a causa especial de aumento de pena. Antes do cancelamento, tinha-se como questão irrelevante se a arma utilizada no crime de roubo era de brinquedo ou não. A razão consistia em que, nos crimes de roubo, a severa punição não está apenas na potencialização do risco à vida e à integridade física da vítima, mas, sim, no poder de intimidação como meio executório, ainda que a arma utilizada seja ineficiente. No mesmo sentido, decidiu-se pela incidência da majorante quando, posteriormente ao crime, verificada a arma utilizada, sendo esta de brinquedo, concluiu-se pelo aumento da pena, vez que, sendo este artefato hábil para a configuração do aumento previsto no inciso I, do § 2º, do art. 157 do Código Penal. De natureza subjetiva, a utilização é meio culminante constrangedor e intimidativo, o que torna ainda mais amplo o poder ofensivo do agente, perante a vítima, que está incapaz de oferecer risco ou qualquer resistência diante do que acredita ser verdadeira arma de fogo. Ainda, aplicava-se, como fundamento da incidência de majorante, a não exigência de ser o artefato verdadeiro. O que se valorava era o ânimo do agente e não a potencialidade da arma, restando configurado o meio apto a intimidar, assegurando o sucesso do crime, sendo necessária a aplicação do aumento de pena. (CAPEZ, 2007, p. 320)

Se o pedido é de desclassificação de roubo qualificado para roubo simples tem-se, também, pela não admissão, vez que ocorre a violência quando a vítima é

intimidada. Não se descaracteriza o crime de roubo qualificado quando o agente utiliza arma de brinquedo, pois a intimidação é proposta, tendo a vítima, ignorado tal fato. (CAPEZ, 2007, p. 321)

Damásio de Jesus defende o cancelamento porque a arma de brinquedo não agrava o crime de roubo, tendo de responder apenas por roubo simples.

Isso ocorre do sistema da tipicidade. O CP somente circunstancia o delito de roubo quando o sujeito emprega *arma*. Ora, revolver de brinquedo não é arma. Logo, o fato é atípico, diante da circunstância. O art. 10, § º, Lei, da Lei nº 9.437, de 20-2-1997, descreve como delito o fato de o sujeito “utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes”. Entendemos que o roubo com emprego de arma e brinquedo, da mesma forma como não configura o tipo circunstanciado (art. 157, § 2º, I), uma vez que a imitação de arma não é arma, não se enquadra na figura típica especial: o meio executório (emprego de arma de brinquedo) integra a “grave ameaça”, ficando por esta absorvido. (2004, p. 346)

Luiz Regis Prado concorda e diz que a utilização da arma é elemento altamente eficaz para suscitar o temor, restringindo a resistência da vítima. Assim, com o porte ostensivo da arma, há a ameaça da vítima, motivo suficiente para a majorante. Entretanto, quando se trata de arma de brinquedo, demonstra ser contrário à aplicação da majorante. Expõe que a arma de brinquedo não é meio idôneo para determinar o aumento da pena. A tipicidade deve estar presente de acordo com o que expressa o tipo legal, recriminando qualquer entendimento diverso, porque o raciocínio contrário implica a analogia em matéria incriminadora, vedado pelo nosso ordenamento jurídico. (PRADO, 2000, p. 394)

No cancelamento da Súmula 174 do STJ, vencido, votou o Ministro Edson Vidigal, que desconsidera relevante a arma ser verdadeira, ou não. A razão de ser, está na configuração da qualificadora que existe quando a grave ameaça é exercida por meio de arma, sendo desnecessária a ocorrência de dano a integridade física da vítima. (REsp. 213. 054 – SP)

3.2 Entendimentos Jurisprudenciais acerca do afastamento e da não desclassificação

Colhe-se da jurisprudência do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, acerca do aumento de pena pelo emprego de arma de brinquedo, bem como o não descabimento da desclassificação de crime de roubo para roubo na forma tentada:

ROUBO - EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO - MEIO EFICAZ PARA INTIMIDAR A VÍTIMA - QUALIFICADORA - RECONHECIMENTO. Há que se reconhecer a causa de aumento de pena pelo emprego de arma de brinquedo, por ser apta a alcançar o objetivo de intimidar a vítima, mitigando a sua capacidade de defesa para subjugar-la ao tratamento agressivo e desumano. ROUBO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA NÃO CABIMENTO. Considera-se consumado o crime de roubo com a simples inversão da posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessária que a mesma se dê de forma mansa e pacífica, bastando que cessem a clandestinidade e a violência. (Apelação nº 0023531- 84.2007.8.26.0224; www.jusbrasil.com.br; julgamento em 10 de maio de 2011; acesso em 05 de junho de 2013; Tribunal de Justiça de São Paulo; WILLIAN CAMPOS Desembargador Relator)

Na apelação em questão, o Desembargador não reconheceu o pedido de afastamento da qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I do Código Penal, com a razão de que o instrumento utilizado produziu efeito intimidativo desejado pelo agente. A utilização da arma de brinquedo produziu a mesma eficácia e potencialidade, da qual produziria se fosse a arma verdadeira, apta a efetuar disparos, inclusive com a produção de laudo pericial, restou constatado que o instrumento é capaz de gerar ameaça e constrangimento, bem como, a vítima desconhecia o fato de a arma não ser verdadeira.

Cita-se decisão proferida pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, em julgamento de revisão criminal, com pedido de desclassificação de roubo qualificado para roubo simples, por utilizar-se o agente, de arma de brinquedo para a execução do crime:

Revisão Criminal Roubo Qualificado. Arma de brinquedo Desclassificação para roubo simples. Impossibilidade. Pedido Indeferido. (TJ-SP - RVCR: 1078112300000000 SP, Relator: Lopes da Silva, Data de Julgamento: 16/10/2008, 7º Grupo de Direito Criminal, Data de Publicação: 03/11/2008; acesso em 05 de junho de 2013)

O julgador afirma, em seu voto, que a arma, mesmo sendo inidônea, é suficiente para causar temor inibindo a vítima de qualquer resistência. Logo, se trata de qualificadora.

No julgamento abaixo, colhido do **Tribunal de Justiça de Santa Catarina** a apelação requeria também, a desclassificação para roubo simples, vez que detectada a ameaça para a intimidação da vítima, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES (CP, ART. 157, § 2º, II)- MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DECLARAÇÕES E RECONHECIMENTO DA VÍTIMA EM AMBAS AS FASES EM HARMONIA COM O DEPOIMENTO DOS POLICIAIS - RES FURTIVA APREENDIDA PARCIALMENTE EM PODER DOS ACUSADOS - PRETENZA DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO SIMPLES (CP, ART. 157, CAPUT), FURTO (CP, ART. 155) OU RECEPÇÃO (CP ART. 180)- INVIABILIDADE - DELITO COMETIDO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA À PESSOA - UTILIZAÇÃO DE ARMA DE BRINQUEDO QUE NÃO CONFIGURA A CAUSA DE AUMENTO DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO MAS CARACTERIZA RELEVANTE INTIMIDAÇÃO À VÍTIMA - AGENTES QUE PARTICIPARAM DIRETAMENTE DA SUBTRAÇÃO - CONCURSO DE AGENTES - COMPROVAÇÃO NAS PALAVRAS DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - CRIME COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA - RÉU REINCIDENTE - INAPLICABILIDADE - PRECEDENTES DO STF E STJ. I - Não há falar-se em insuficiência de provas quando presentes nos autos elementos aptos a demonstrar, de forma inequívoca, a autoria do delito de roubo circunstanciado, tais como os depoimentos e reconhecimento da vítima em ambas as fases, em harmonia com as palavras dos policiais responsáveis pela prisão dos réus, aliado ao fato de parte da res furtiva ter sido apreendida em poder destes. II - Em se tratando de crime contra o patrimônio, o qual, na maior parte das vezes, se perfectibiliza apenas na presença do acusado e da vítima, a palavra desta, associada às demais circunstâncias de prova, mostra-se de extrema relevância para o deslinde da quaestio iuris. III - As declarações dos agentes estatais, a princípio, são isentas de suspeita e só não possuem valor quando estes agem de má-fé, o que não é o caso. Desta forma, em inexistindo circunstâncias que afastem a eficácia probatória do depoimento dos policiais e considerando que suas declarações foram ratificadas em juízo, mister é o reconhecimento do seu valor probante. IV - Inviável a desclassificação do delito de roubo qualificado pelo concurso de pessoas para o delito de furto simples na hipótese de, pelo cotejo analítico das provas amealhadas aos autos, vislumbrar-se configurada a grave ameaça para obtenção de coisa alheia móvel mediante emprego de arma de brinquedo, porquanto o simulado constitui meio idôneo a constringer a vítima a não esboçar qualquer reação durante a execução do crime. V - Em sendo o conjunto de provas inequívoco no sentido de demonstrar que os acusados foram os responsáveis diretos pelo crime de roubo circunstanciado, inviável o acolhimento da tese alternativa de que teriam praticado apenas o delito de recepção. VI - E de aplicação imperativa a causa de aumento de pena descrita no inciso II do § 2º do art. 157 do Código Penal, quando inexistem dúvidas a respeito do concurso de agentes, por estar fartamente demonstrada a união de desígnios na prática do roubo. VII - Reputa-se inaplicável o princípio em comento na hipótese de crime de roubo, por se tratar de delito complexo, cujo bem jurídico tutelado abrange não somente o patrimônio, mas também a integridade física ou a tranquilidade psíquica, de forma que a violência ou a grave ameaça não podem ser consideradas de menor relevância. DOSIMETRIA - PENA-BASE APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS - VIABILIDADE - REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA - RÉU MULTIRREINCIDENTE CONDENADO A MAIS DE QUATRO ANOS - REGIME FECHADO - RÉU PRIMÁRIO CONDENADO A PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS - REGIME SEMIABERTO. I - Verificando-se no caderno processual que as circunstâncias judiciais vetores da primeira etapa da dosimetria da pena

mostram-se desfavoráveis ao réu, não há óbices para a fixação da pena-base acima do valor mínimo legal. II - Em atenção ao art. 33, § 2º, a, e § 3º, do Código Penal, ao acusado multirreincidente contra o qual é aplicada pena superior a quatro anos de reclusão, bem como militam circunstâncias judicial desfavoráveis, deve-se impor o regime inicialmente fechado para o cumprimento de pena. Por outro lado, ao acusado primário condenado a pena superior a quatro anos e inferior a oito anos, aplica-se, em conformidade com o art. 33, § 2º, b, do Código Penal, o regime semiaberto. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - DEFENSOR NOMEADO DE UM DOS APELANTES QUE ATUOU DURANTE TODA A INSTRUÇÃO - VERBA QUE ENGLOBA A DEFESA RECURSAL - DEFENSOR DE CORRÉU NOMEADO EM SEDE RECURSAL - ARBITRAMENTO DE URHS DEVIDO. Se, por ocasião da sentença, o magistrado singular fixar honorários advocatícios ao causídico nomeado para atuar em favor de um dos acusados que acompanhou toda a instrução criminal, não há falar-se em nova remuneração, uma vez que referida verba honorária engloba toda a defesa processual do acusado, inclusive a possível interposição de recurso e seu posterior acompanhamento. Por outro lado, se o advogado subscritor da apelação de um dos corréus fora nomeado exclusivamente para atuar em sede recursal, faz jus ao arbitramento de honorários pelo trabalho desempenhado, em conformidade com o preceito inscrito no art. 12 da Lei Complr n. 155/97. (TJ-SC - ACR: 725969 SC 2010.072596-9, Relator: Salete Silva Sommariva Data de Julgamento: 29/07/2011, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal (Réu Preso) de Tubarão)

Quando a grave ameaça resta configura, não há o que se falar em desclassificação do crime de roubo.

Neste mesmo entendimento, cita-se jurisprudência do **Tribunal de Justiça do Estado do Piauí**:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO EM CONCURSO DE AGENTES E UTILIZAÇÃO EFICAZ DE ARMA DE BRINQUEDO. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. PALAVRA FIRME DA VÍTIMA E RELATO DOS POLICIAIS QUE PRENDERAM OS ACUSADOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INVIÁVEL A INCIDÊNCIA DO ART. 29, § 1º, cp., OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. ATENUANTE DA MENORIDADE DE 21 ANOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 231, STJ. 1.(TJ-PI - ACR: 201200010057437 PI , Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho, Data de Julgamento: 30/10/2012, 2a. Câmara Especializada Criminal)

Neste caso, ao analisar o pedido de desclassificação do tipo penal de roubo qualificado, para tentativa de roubo qualificado, o julgador entendeu que, neste caso, mesmo os objetos terem sido restituídos às vítimas, as mesmas tiveram uma arma apontada para suas cabeças, sendo uma arma de brinquedo, porém suficiente para que provocasse a grave ameaça por meio do temor, reduzindo a capacidade de reação, a entrega total dos pertences, a eficácia da execução do crime, bem como, a

fuga do local. Impossível a desclassificação neste caso, segundo os Desembargadores.

Colhe-se julgamento do **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**, em que analisou, dentre outros pedidos, o pedido de desclassificação do crime de roubo para o tipo penal de furto.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. PROVAS INSUFICIENTES. NÃO CABIMENTO. REVELIA DO RÉU NA FASE JUDICIAL. PRESENÇA DE DEFESA TÉCNICA. MÉRITO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. IMPOSSIBILIDADE. ARMA DE BRINQUEDO. PALAVRA DAS VÍTIMAS. VALOR PROBANTE. AUSÊNCIA DE INTIMIDAÇÃO À VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. SIMULAÇÃO DE USO DE ARMA DE FOGO. GRAVE AMEAÇA COMPROVADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A GARANTIA AO SILÊNCIO E A NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO DESCRITOS NO ARTIGO 5º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ENTREMOSTRAM QUE O INTERROGATÓRIO, TAMBÉM CONSIDERADO MEIO DE DEFESA, SE ENCONTRA NO ÂMBITO DE DISPONIBILIDADE DO RÉU, CABENDO A ELE A DECISÃO DE EXERCER OU NÃO TAL DIREITO, DIVERSAMENTE, DA OCORRÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA, QUE DEVE SER EFETIVA, SOB PENA DE NULIDADE, SE E QUANDO PREJUDICIAL AO RÉU. 2. NÃO HÁ FALAR EM INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, PORQUANTO AS VÍTIMAS, TANTO DA DELEGACIA COMO EM JUÍZO, NARRARAM DE FORMA SEGURA E UNÍSSONA, A DINÂMICA DELITIVA, TENDO RECONHECIDO O RÉU COMO AUTOR DO DELITO. 3. INCABÍVEL A DESCLASSIFICAÇÃO DO ROUBO CONSUMADO PARA FURTO, PORQUANTO A GRAVE AMEAÇA FOI COMPROVADA À SACIEDADE NOS AUTOS EM DECORRÊNCIA DA UTILIZAÇÃO DA ARMA DE BRINQUEDO. 4. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-DF - APR: 671742420098070007 DF 0067174-24.2009.807.0007, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS; Data de Julgamento: 12/05/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 25/05/2011, DJ-e Pág. 255)

A caracterização da grava ameaça se deu no momento em que o réu utilizou-se da arma de brinquedo para ordenar que as vítimas se abaixassem, mantendo-as, assim, com medo suficiente para a tipificação do crime de roubo.

Neste outro julgado, agora do **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, o Recurso de Apelação é interposto para desclassificar o crime de roubo qualificado para furto, uma vez que o crime fora cometido com arma de brinquedo, sustentando a tese de crime impossível.

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO EM CONCURSO DE AGENTES - ART. 157, § 2º, II, CP. ATENUANTES. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE BRINQUEDO. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE FURTO. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME FAMÉLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. Conforme súmula nº 231 do STJ, a incidência da circunstância

atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Embora não sirva para configurar a majorante do art. 157, § 2º, I, do CP, a arma de brinquedo é meio idôneo a caracterizar a grave ameaça a que se refere o tipo penal, não se podendo, assim, cogitar de crime impossível ou de desclassificação para o delito de furto. Os vetores do princípio da insignificância não são compatíveis com as particularidades do crime de roubo. Não se individualiza crime famélico na hipótese em que o agente, mesmo podendo subtrair alimentos, limita-se a roubar dinheiro. (TJ-PR - ACR: 7569128 PR 0756912-8, Relator: Eduardo Fagundes, Data de Julgamento: 02/06/2011, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 653)

Os Desembargadores negaram provimento ao pedido de desclassificação, por entender que, mesmo sendo os objetos ineficazes a produzir resultado, como a arma de brinquedo, desconstituem a lesão ao bem jurídico tutelado. Entretanto, servem de qualquer maneira, para configurar a grave ameaça a que se refere o tipo penal de roubo.

Do **Tribunal de Justiça de Pernambuco**, temos o seguinte acórdão, acerca do pedido de desclassificação de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo para roubo simples:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CP, PELA UTILIZAÇÃO DE ARMA DE BRINQUEDO. CONJUNTO PROBATÓRIO CONTRÁRIO À TESE DA DEFESA. RECONHECIMENTO DA VÍTIMA. DELITO COMPROVADO. SÚMULA Nº 90 DO TJPE. I - Não podemos desprezar as palavras da vítima. São palavras fundamentais em crimes contra o patrimônio, pois a vítima não tem motivo algum para incriminar falsamente o acusado. II - As provas dos autos vulneram a tese da Defesa de desclassificação da majorante, vez que o argumento de que o roubo teria sido praticado com uma arma de brinquedo, encontra-se dissociado de todo conjunto probatório colhido nos autos. A alegação, em juízo, pelo Apelante da utilização de arma de brinquedo, encontra-se de forma isolada nos autos, sem nenhuma comprovação, não merecendo prosperar. III - Este Egrégio Tribunal de Justiça pacificou entendimento no que tange a desnecessidade da apreensão e do Laudo Pericial para atestar a eficiência da arma de fogo utilizada na prática delitiva, garantindo assim, in casu, a legalidade da aplicação da causa de aumento de pena, pelo emprego da arma de fogo. IV - Apelo improvido. Decisão Unânime. (TJ-PE - APL: 5001353 PE 179120-6, Relator: Nivaldo Mulatinho de Medeiros Correia Filho; Data de Julgamento: 28/03/2011, 3ª Câmara Criminal)

Neste Recurso de Apelação interposto pelo réu, o pedido é de desclassificação quanto à aplicação da majorante que incide no art. 157 § 2º, I do Código Penal, por entender que o crime foi cometido com arma de brinquedo, ensejando a condenação do réu apenas nas sanções do art. 157, caput, do Código Penal. O pedido foi negado, pois restou configurada a incidência da majorante, sendo desnecessária a apreensão e o Laudo Pericial para atestar a eficiência da

arma de fogo utilizada o que torna legal a aplicação da causa de aumento de pena, segundo o Desembargador.

No Recurso de Apelação colhido do **Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe**, a seguir, tem-se o pedido de aplicação do princípio da insignificância, bem como, requereu a desclassificação para o crime de furto tentado, com a tese de que o acusado não utilizou de violência ou grave ameaça:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO SIMPLES - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO NA MODALIDADE TENTADA - INCABIMENTO - CRIME PRATICADO COM GRAVE AMEAÇA - UTILIZAÇÃO DE ARMA DE BRINQUEDO PARA AMEAÇAR AS VÍTIMAS - APOSSAMENTO PELO ACUSADO DA RES FURTIVA - IRRELEVÂNCIA DA INEXISTÊNCIA DE POSSE MANSA E PACÍFICA DA COISA - DOSIMETRIA DA PENA - MANUTENÇÃO DA PENA BASE - RECONHECIMENTO DE PELO MENOS UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSAO - ATENUANTE JÁ RECONHECIDA NA SENTENÇA JUNTO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - APLICAÇÃO DO ART. 67 DO CP - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. I - Tratando-se de crime de roubo, delito que possui como elres a grave ameaça e violência contra a pessoa, incogitável se torna a incidência do princípio da insignificância, mesmo que a coisa subtraída seja de pequeno valor ou que esta tenha sido devolvida à vítima. Precedentes do STF e do STJ. II - O roubo se consuma no instante em que há o desapossamento da res, mediante violência ou grave ameaça, mesmo que o seja por curto espaço de tempo, sendo prescindível a posse mansa e pacífica do bem. Assim, considerando que no caso o acusado efetivamente se apossou do celular da vítima, não há que se falar em desclassificação. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime. (TJ-SE - ACR: 2012311479 SE , Relator: DESA. GENI SILVEIRA SCHUSTER, Data de Julgamento: 17/07/2012, CÂMARA CRIMINAL)

Os desembargadores votaram pela denegação, vez que, por se tratar de crime de roubo, é descabido a aplicação do principio da insignificância, mesmo de pequeno valor a coisa subtraída. Quanto ao pedido de desclassificação do crime de roubo para furto, é medida descabida. Ao analisar as provas constantes nos autos, verificou-se que a grave ameaça esteve representada pelo uso da arma de brinquedo, restando configurado o delito de roubo simples. O que não se reconhece, no entendimento deste Tribunal, é a majoração do crime de roubo simples, pelo uso da arma de brinquedo.

No Recurso de Apelação colhido do Egrégio **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, o réu pleiteou a desclassificação do crime de roubo para furto, com o argumento de que em nenhum momento utilizou-se de violência ou grave ameaça com a vítima.

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO QUALIFICADO - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO - NÃO ACOLHIMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - RECONHECIMENTO DO CORRÉU PELO OFENDIDO - DEPOIMENTOS HARMÔNICOS DOS POLICIAIS - CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A MANTER A CONDENAÇÃO - PLEITO PELA DESCLASSIFICAÇÃO DO ROUBO PARA FURTO - IMPOSSIBILIDADE - SIMULACRO DE ARMA DE FOGO - CONFIGURAÇÃO DA GRAVE AMEAÇA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A palavra da vítima, nos crimes contra o patrimônio tem grande valor probante, mormente quando corroborada pelos demais elementos de provas dos autos. 2. As informações da vítima e o depoimento dos policiais constituem meios de prova valiosos principalmente se corroborados pelo restante do conjunto probatório constante nos autos. 3. Não descaracteriza o crime de roubo ter-se o corréu utilizado arma de brinquedo para impor-se à vítima, pois a intimidação pela grave ameaça por qualquer sorte ocorreu, eis que a mesma ignorava ser a arma um simulacro.(TJ-PR - ACR: 5962614 PR 0596261-4, Relator: Marcus Vinicius de Lacerda Costa, Data de Julgamento: 14/04/2011, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 623)

No voto foi citada a declaração da vítima, que no momento do crime, pensou se tratar de um revólver verdadeiro, e não um de brinquedo, o objeto utilizado pelo agente. Foi mencionado o Laudo Pericial, restando constatado que as características da arma de brinquedo em análise às medidas e estado de conservação, apresentam aspecto e características exteriores reais a uma arma de fogo, concluindo ser eficiente para a prática de crime como objeto de intimidação e ataque. No momento do crime o réu portava o simulacro de arma de fogo e deu voz de assalto à vítima. Logo, se dispensa a hipótese de desclassificação, por entender que a arma de brinquedo gera ameaça e por isso, serve para configurar o crime de roubo simples, e não a causa de aumento da pena, segundo o Relator do acórdão.

Neste Recurso de Apelação julgado pelo **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, o apelante pretendeu a desclassificação para furto tentado, alegando que não praticou violência contra a vítima:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. AUTORIA DEMONSTRADA. PENA REDIMENSIONADA. Autoria: suficientemente demonstrada, pela confissão do réu e reconhecimento em juízo pela vítima. Desclassificação para furto: inviável. Comprovado que o acusado praticou o delito mediante grave ameaça, exercida com simulacro de arma de brinquedo, que foi apreendida. Pena: redimensionada a pena-base ao mínimo legal, porquanto inexistente circunstância judicial desfavorável ao réu. Revista a fração aplicada pela tentativa, considerando o percurso do crime. Suspensão condicional da pena: cabível...(TJ-RS , Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 25/04/2012, Quinta Câmara Criminal)

A desclassificação pretensa foi afastada, porquanto a grave ameaça restou demonstrada por meio de depoimento da vítima, confirmado em duas ocasiões, onde ressaltou que o réu estava armado. Pois, na abordagem, restou confirmado que o réu portava um simulacro de arma de fogo. Suficiente comprovado a grave ameaça exercida, através da arma de brinquedo apreendida, não há que se falar em desclassificação, restando configurado o delito de roubo, segundo os desembargadores.

Ainda do Egrégio **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, colhe-se jurisprudência acerca da desclassificação do crime de roubo para furto:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. TENTATIVA. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA. Ocorrência do fato comprovada nos autos pela prova documental e oral contida nos autos. A autoria foi confessada pela ré, que disse estar passando por dificuldades, encontrando-se alcoolizada, no dia do fato, usando uma arma de brinquedo contra a vítima. Esta última, um taxista, confirmou ter levado a ré para uma corrida, sendo surpreendido por ela, que lhe colocou uma arma na cabeça, conseguindo dominá-la, só então percebendo que era arma de brinquedo. DESCLASSIFICAÇÃO... (TJ-RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 10/11/2010, Oitava Câmara Criminal)

O pedido de desclassificação pela defesa restou negado, por que presente a grave ameaça configurada no ato de apontar a arma pra a cabeça da vítima, mesmo sendo de brinquedo, ressaltou o Desembargador, estar presentes os pressupostos característicos do crime de roubo, logo, motivo impeditivo de desclassificação para o crime de furto.

Do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, colhe-se entendimento em face á desclassificação, vejamos:

ROUBO E USO DE DROGAS. Recurso da defesa somente quanto ao roubo, pedindo a absolvição e, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de furto ou o reconhecimento do roubo tentado e, por fim, a diminuição da pena aplicada. PARCIAL POSSIBILIDADE. O conjunto probatório é robusto e indica a prática delitiva. A negativa do acusado restou isolada das demais provas dos autos. Inviável a desclassificação, caracterizada a grave ameaça pelo uso de arma de brinquedo, suficiente para intimidar e submeter a vítima à vontade do agente. O roubo foi consumado, pois o agente teve a posse mansa e pacífica da res. Dado parcial provimento apenas para diminuir a pena aplicada quanto ao roubo, mantida no mais a r. sentença. (TJ-SP - APL: 990093484170 SP, Relator: Ruy Alberto Leme Cavaleiro, Data de Julgamento: 27/07/2010, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 20/08/2010)

A defesa do réu ensejou o pedido de desclassificação de roubo para furto tentado, diante da ausência de qualquer intimidação, violência ou grave ameaça. O

voto fundamentado na posição de que no crime de roubo não se exige forma solene para ser configurado, bastando que haja a intimidação da vítima, necessária para a subtração do bem. No mais, a vítima não pôde reagir de maneira que impedisse o autor dos fatos a levar o bem subtraído, por estar portando uma arma. Constatado ser de brinquedo, depois de apreendida. Logo, o pedido de desclassificação foi negado.

Neste outro julgado do **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**, reafirma-se o entendimento majoritário quanto à não desclassificação do crime de roubo para furto:

PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO FURTO QUALIFICADO. REGIME. SUBSTITUIÇÃO PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXERCIDA GRAVE AMEAÇA CONTRA AS VÍTIMAS, OBRIGADAS A SE DESAPOSEM DE SEUS BENS, TEM-SE POR CONSUMADO O CRIME DE ROUBO. SEGUNDO VIGOROSA CORRENTE JURISPRUDENCIAL, NÃO MAIS SE EXIGE QUE O AGENTE ALCANCE A POSSE MANSA E PACÍFICA DA COISA PARA A CONSUMAÇÃO DO CRIME DE ROUBO, FAZENDO-SE SUFICIENTE A TANTO A CESSAÇÃO DA GRAVE AMEAÇA OU DA VIOLÊNCIA EXERCIDA CONTRA AS VÍTIMAS, COM CONVOLAÇÃO DA MERA DETENÇÃO DA RES EM POSSE. INVIÁVEL DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO QUALIFICADO, A SUBTRAÇÃO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA CONSISTENTE NO EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO RESTOU DEMONSTRADA NA PROVA ORAL. INCABÍVEL A ALTERAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA, EM FACE DA PENA APLICADA (ART. 33, § 2º, B). AUSENTES OS REQUISITOS DO ART. 44, I, CP, INVIÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APELO IMPROVIDO. (TJ-DF - APR: 75342420088070008 DF 0007534-24.2008.807.0008, Relator: MARIO MACHADO, Data de Julgamento: 05/11/2009, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 21/01/2010, DJ-e Pág. 95)

Neste Recurso pleiteou-se a desclassificação do crime de roubo qualificado para furto qualificado. A desclassificação para o crime de furto qualificado, não prosperou, diante da existência de prova oral que comprovou a grave ameaça consistente no emprego de arma de brinquedo.

Colhe-se do **Tribunal de Justiça do Paraná**, o julgamento do Recurso de Apelação interposto, requerendo a desclassificação do crime de roubo majorado para o crime de furto:

APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. RÉUS ASSISTIDOS POR DEFENSOR CONSTITUÍDO NA OPORTUNIDADE DOS INTERROGATÓRIOS. INÍCIO DO PRAZO INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA. MODIFICAÇÃO DA PENA DE MULTA. PROVIMENTO PARCIAL.

DESCCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA FURTO. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE BRINQUEDO. GRAVE AMEAÇA CARACTERIZADA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. Estando os réus assistidos por defensor constituído na oportunidade dos seus interrogatórios, inicia-se o prazo para a apresentação de defesa prévia, independentemente de intimação. Na fixação da pena de multa há que se guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. O emprego de arma de brinquedo para a prática de roubo tem força intimidativa suficiente para a caracterização da grave ameaça, sendo esta elementar do tipo, não podendo haver desclassificação para o crime de furto. Apelações conhecidas e providas parcialmente. (TJ-PR - ACR: 4646557 PR 0464655-7, Relator: Carlos A. Hoffmann, Data de Julgamento: 23/10/2008, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7738)

O emprego de arma de brinquedo para a prática de crime tem caráter intimidatório suficiente para a configuração da grave ameaça, elemento inerente ao delito de roubo. Por estas razões, o voto, afastou a desclassificação para o crime de furto.

CONCLUSÃO

O presente trabalho versou sobre o estudo acerca da Súmula nº 174 do STJ que autorizava o aumento de pena nos crimes de roubos, quando estes fossem cometidos com o emprego da arma de brinquedo já que, em breve análise, constatou-se haver grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, quando à potencialidade lesiva para a vítima.

Resta claro que o emprego de arma de brinquedo pelo réu que pratica o delito é meio eficaz para a asseguuração da fuga e execução do crime. A vítima é intimidada, quando ameaçada com a arma de brinquedo, por pensar tratar-se de arma real, potencialmente capaz de efetuar disparos. Induzida ao erro facilita a eficácia do crime, bem como a fuga daquele que o praticou.

Embora haja correntes que entendam o contrário, sabe-se que a simulação de arma não é causa de aumento de pena. Afinal, não há arma alguma. Porém, ainda resta uma corrente minoritária que entende que no crime praticado com simulação de arma de fogo há a presença da qualificadora, não apenas restando configurando a grave ameaça do tipo penal do qual prevê o art. 157, § 2º, do Código Penal.

De certo que, mesmo com o cancelamento da referida Súmula, não há impedimento para a aplicação da majorante, quando o julgador assim entender ser necessário. O cancelamento não é questão impeditiva para a adoção de tal entendimento pelos magistrados e tribunais, como visto nas doutrinas.

O que não se admite é a desclassificação do tipo penal de roubo, para roubo simples ou furto.

Os entendimentos jurisprudenciais são muito próximos a unânimes em relação a não desclassificação. Quando o crime for cometido com o emprego de arma de brinquedo, a desclassificação para roubo simples ou furto, não deve permanecer, vez que presentes os pressupostos que caracteriza a grave ameaça, classificando o crime como roubo.

No emprego de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes, o entendimento majoritário é a não incidência da majorante que trata o § 2º inciso I, do art. 157, do Código Penal. Incidência aplicada de maneira absoluta quando ainda vigorava a Súmula nº 174 do STJ. Após seu cancelamento, o que se pode concluir é que a aplicação da majorante é medida admitida e utilizada atualmente por apenas

alguns julgadores que entendem ser o aumento da pena quesito justo e aplicável na dosimetria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Mohamed. **Código Penal na Expressão dos Tribunais**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2007.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. Ed. Saraiva. 2008; São Paulo. 4ª Edição.
- BETTIOL, Giuseppe; **Direito Penal**. Ed. RED Livros, 2000; São Paulo.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2008. 4ª Edição.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Especial**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2004. 9ª edição
- BITENCOURT, Cezar Roberto; **Tratado de Direito Penal Parte Geral**. 2009; São Paulo.
- BITENCOURT. Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo. 2009. 14ª Edição.
- CAPEZ, Fernando, Stela Prado. **Código Penal Comentado**. Porto Alegre. Ed. Verbo Jurídico. 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Arma de Fogo**. São Paulo. São Paulo. Ed. Saraiva, 2002.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Ed. Saraiva, 2011. 15ª Edição.
- CAPEZ, Fernando; **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Ed. Saraiva, 2011; São Paulo.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2010. 8ª Edição.
- ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Especial**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2010.
- ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal Introdução e Princípios Fundamentais**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2007.
- GOMES. Luiz Flávio. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo. Ed. Revista do Tribunais. 2010. 2ª Edição.
- <http://tj-df.jusbrasil.com/jurisprudencia/19080284/apr-apr-671742420098070007-df-0067174-2420098070007>
- <http://tj-df.jusbrasil.com/jurisprudencia/7397939/apr-apr-75342420088070008-df-0007534-2420088070008>
- <http://tj-pi.jusbrasil.com/jurisprudencia/22591371/apelacao-criminal-acr-201200010057437-pi-tjpi>
- <http://tj-pr.jusbrasil.com/jurisprudencia/19431155/apelacao-crime-acr-5962614-pr-0596261-4>
- <http://tj-pr.jusbrasil.com/jurisprudencia/19713063/apelacao-crime-acr-7569128-pr-0756912-8>
- <http://tj-pr.jusbrasil.com/jurisprudencia/6152673/apelacao-crime-acr-4646557-pr-0464655-7>
- <http://tj-rs.jusbrasil.com/jurisprudencia/19207510/apelacao-crime-acr-70036155653-rs>
- <http://tj-rs.jusbrasil.com/jurisprudencia/21642845/apelacao-crime-acr-70040641771-rs-tjrs/inteiro-teor-21642846>
- <http://tj-sc.jusbrasil.com/jurisprudencia/20440997/apelacao-criminal-reu-presos-acr-725969-sc-2010072596-9>

<http://tj-se.jusbrasil.com/jurisprudencia/21935206/apelacao-criminal-acr-2012311479-se-tjse>

<http://tj-sp.jusbrasil.com/jurisprudencia/15879035/apelacao-apl-990093484170-sp>

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19379092/apelacao-apl-5001353-pe-179120-6-tjpe>

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Parte Especial.** São Paulo. Ed. Saraiva, 2004. 2º Volume.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada.** São Paulo. Ed. Jurídico Atlas, 2002.

PABLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito Penal Parte Especial Tomo I.** São Paulo. Ed. Rideel, 2007. 2ª Edição.

SOLER, SEBASTIÁN. **Derecho Penal Argentino.** Buenos Aires. Tipografica Editora Argentina, 1953.

STOCO, Rui; **Código Penal e sua Interpretação.** Ed. Revista dos Tribunais; 2007; São Paulo. 8ª Edição.