

# *A utilização de arma simulada para a prática de crimes: reflexões sobre a Lei nº 9.437/97*

JULIO FABBRINI MIRABETE

## **1. Introdução**

Ao editar a Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, que estabelece condições para o registro e para porte de arma de fogo, cometeu o legislador pelo menos um grande equívoco que causará inúmeros problemas para a aplicação de dispositivos penais relacionados ou não com o emprego de arma. Referimo-nos ao art. 10, § 1º, II, do referido diploma legal, que tipifica a conduta de “utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de aterrorizar outrem, para o fim de cometer crimes”, conduta a que comina a pena de detenção de um a dois anos e multa. A abrangência do dispositivo provocará inúmeras discussões a respeito da prática de vários ilícitos em que é empregada arma na sua execução, como pretendemos demonstrar.

Não se desconhece a divergência doutrinária e jurisprudencial, a respeito da exata interpretação que se deva dar ao art. 157, § 2º, I, do referido Estatuto, que torna qualificado o crime de roubo quando há emprego de arma.

Enquanto na doutrina prevalece o entendimento que a causa especial de aumento de pena referida não se configura quando o agente utiliza uma arma simulada, na jurisprudência prevalente tem-se reconhecido a majorante. Essa jurisprudência se cristalizou no Superior Tribunal de Justiça ao editar-se a Súmula 174, que tem a seguinte redação: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”. De outro lado, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal foram firmadas sob orientação oposta. Certamente, procurou o legislador aproveitando-se da oportunidade surgida com a regulamentação da posse e porte de arma, extinguir essa discussão que perdura desde a vigência do Código Penal, mas o fez de maneira desastrosa, causando ainda mais embaraços à aplicação adequada da lei penal. Caso tenha sido essa a razão que levou o legislador a inserir o dispositivo em estudo, bastaria uma alteração mínima no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, para acrescentar a agravação pela utilização da arma simulada. Entretanto, a solução encontrada foi outra, bem diversa, como se sabe.

## **2. Concurso formal de crimes**

Ao considerar a utilização de arma de brinquedo ou simulacro de arma para o fim de cometer crimes, como tipo autônomo, criou a lei a existência de concurso

formal de crimes: de um lado, o ilícito em exame; de outro, qualquer crime em que o tipo penal se refere ao emprego de grave ameaça para a sua execução. Como para a execução do delito se utiliza a arma de brinquedo, com uma só conduta o agente pratica os dois delitos, na forma prevista pelo art. 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, aplicando-se, portanto, a pena cominada para o crime mais grave, aumentada de um sexto até a metade. Tome-se como exemplo mais significativo o crime de roubo praticado com arma simulada. Não mais se poderá entender que se deva aplicar a causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Estatuto Repressivo, mesmo que se opte pela orientação sumular, que equipara a arma de brinquedo à verdadeira. Isto porque a nova norma tem caráter especial, por tipificar essa circunstância como crime autônomo, afastando assim a possibilidade de aplicação da majorante por força de uma interpretação jurisprudencial discutível. Assim, a pena mínima cominada abstratamente para um roubo praticado com a utilização da arma de brinquedo é de quatro anos e oito meses de reclusão, ou seja, de quatro anos com o aumento de um sexto pelo concurso formal. Com essa solução não se atendeu àqueles que entendem que o agente deva ser punido como se tivesse utilizado verdadeira arma, caso em que a pena mínima cominada seria de cinco anos e quatro meses, ou seja, de quatro anos mais um terço, nem os que propugnam pela ocorrência, no caso, de um roubo simples, com pena mínima prevista de 4 anos.

### **3. Roubo duplamente qualificado**

Um dos fatos mais comuns na prática do roubo é a sua execução por dois ou mais agentes, em concurso, com a utilização, para a ameaça, de arma de fogo, configurando-se assim um roubo duplamente qualificado conforme o disposto no art. 157, § 2º, incs. I e II do Código Penal. Também é usual que, mesmo na ocorrência de duas causas de aumento de pena, no caso o emprego de arma e o concurso de agentes, seja aplicada aos autores a pena mínima cominada na espécie, ou seja, a de 5 anos e 4 meses de reclusão. Embora na doutrina haja opiniões em contrário, propugnando que, nesse caso, a pena não poderia se situar no mínimo legal, operando uma das qualificadoras como circunstância judicial para a fixação da pena base ou, preferentemente, como agravante genérica, é daquela forma que se tem normalmente apenado os co-autores.

Assim sendo, a nova lei provoca uma situação paradoxal, a ser resolvida na interpretação e aplicação da nova tipificação. Suponha-se a prática de roubo praticado em concurso de agentes e com o emprego de arma verdadeira. A prosseguir o aplicador da lei na orientação predominante, a pena mínima aplicável na espécie é, como visto, de cinco anos e quatro meses de reclusão. Entretanto, se, na mesma hipótese de concurso de agentes, utilizarem eles uma arma simulada, haverá concurso formal de crimes: de um lado, o roubo qualificado pelo concurso de agentes; de outro, o crime previsto no art. 10, § 1º, II, da Lei 9.437/97. Dessa forma, a pena mínima para este fato será de seis anos, dois meses e vinte dias, ou seja, a pena de cinco anos e

quatro meses para o roubo qualificado pelo concurso de pessoas, aumentada de um sexto pela ocorrência do concurso formal com o crime de utilização de arma de brinquedo. Tal situação esdrúxula conduz a duas soluções, ambas discutíveis. A primeira delas seria a de se ignorar nessa hipótese a aplicação do novo dispositivo penal, pelo entendimento de que prevaleceria o art. 157, § 2º, I, do CP com a interpretação que lhe foi dada pela Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça, o que tornaria inócuo o art. 10, § 2º, I, da Lei nº 9.437/97. A segunda, seria a de modificar a interpretação de que, mesmo na ausência de outras circunstâncias desfavoráveis ao condenado, a pena mínima para o roubo duplamente qualificado teria que ser sempre superior a de seis anos, dois meses e vinte dias, aplicável, no mínimo, quando o crime é praticado com simulacro de arma, o que levaria a uma punição mais severa do dispositivo para afastar o equívoco da nova lei. Caberá, pois, aos nossos egrégios tribunais a difícil tarefa de escolher entre essas duas posições.

#### 4. Utilização de arma simulada em outros crimes

Não bastasse o problema criado quanto à utilização de arma no roubo e na extorsão, criou a lei com o novo tipo penal outra questão. De maneira genérica incrimina-se como crime autônomo a conduta de quem utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma para o fim de cometer *qualquer* crime. E mais uma vez, numa interpretação literal, se faz sentir o despautério legal. Suponha-se a prática de um crime de estupro praticado por meio de ameaça consistente na utilização de uma arma verdadeira. Não prevendo o art. 213 do Código Penal qualquer qualificadora, a pena mínima para o autor do delito é o previsto nesse dispositivo, ou seja, seis anos de reclusão. Suponha-se, porém, que a ameaça é realizada com a utilização de arma simulada. Nesse caso, haveria um concurso formal próprio dos dois delitos: o do estupro e o de utilização de arma de brinquedo, obrigando a que, por força do art. 70, *caput*, do Código Penal, ao se aplicar a sanção mínima, a pena do estupro seja aumentada de um sexto, ou seja, de um ano, num total, portanto, de sete anos de reclusão. É evidente que não se pode chegar a conclusão de que deve ser apenado mais severamente aquele que se utiliza de arma simulada em contraposição ao autor que utiliza uma arma verdadeira. Nesse caso, porém, a solução só pode ser uma interpretação restritiva fundada na *ratio legis*, que é de o de não deixar dúvida que deve ser agravada a pena pela utilização de arma de brinquedo com sanção menos severa daquela prevista para a utilização de arma verdadeira. Assim, o art. 10, § 1º, II, da Lei 9.437 só pode ser aplicado quando para o crime praticado pelo agente se prevê, no Código Penal, a majorante da utilização de arma verdadeira. Estão nessa categoria, no Código Penal, os crimes de constrangimento ilegal (art. 146, § 1º), roubo (art. 157, § 2º, I), extorsão (art. 158, § 1º), em que o emprego de arma configura uma causa especial de aumento de pena. Nos demais crimes praticados com a utilização de arma simulada não é cabível a aplicação do dispositivo em discussão.

Além dessas dificuldades, deve-se lembrar ainda que há alguns doutrinadores que consideram inconstitucional a punição pelo uso de arma de brinquedo por ofender

o dispositivo o princípio da lesividade. Segundo essa orientação, como os crimes previstos na Lei 9.437/97 atingem a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadãos, o dispositivo seria inconstitucional por não se ofender, com a sua prática, a objetividade jurídica inerentes àqueles delitos. A objeção, a nosso ver, não procede, porque nada impede que uma lei penal, ainda que especial, vise à proteção de interesses jurídicos diversos. A utilização de arma simulada, embora não lese a incolumidade pública, é certamente idônea para que se perpetre a ameaça como elemento constitutivo de inúmeros delitos em que há lesão a bens jurídicos diversos, como a liberdade individual, o patrimônio, a liberdade sexual, *etc.* De qualquer forma, o novo tipo penal se constitui em mais uma questão a ser discutida em nossos tribunais sobre a aplicação da malfadada disposição legal.

### **5. Disposição inaplicável**

Criticável também, e inaplicável, é o disposto no art. 10, § 3º, IV, da Lei nº 9.437/97. O referido parágrafo define novos crimes: suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato (inc. I); modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito (inc. II); e possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização (inc. III). Comina para essas infrações as mesmas penas do § 2º, reclusão de dois a quatro anos e multa, quando os crimes definidos no art. 10, *caput* e seu parágrafo 1º têm como objeto material “arma de fogo ou acessórios de uso proibido ou restrito”. Entretanto, no inciso IV, em vez de definir um ilícito, prevê a mesma pena para quem “possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”. É evidente que não se está tipificando uma conduta criminosa, já que seria inadmissível incriminar-se o simples fato de ter alguém condenação anterior, o que constituiria um *bis in idem* inaceitável.

Poder-se-ia cogitar que o dispositivo configure uma qualificadora de outros ilícitos, mas tal não se dá, em nosso entendimento. Segundo o § 3º, está simplesmente cominada a pena de dois a quatro anos de reclusão a quem “possua condenação anterior”. Assim, como visto, o inc. IV não está adequado ao § 3º. De outro lado, também não pode a disposição referir-se ao *caput* ou ao § 1º do art. 10, como já se tem afirmado. Isto porque a lei estaria equiparando para efeito de punição, com a pena de dois a quatro anos, ilícitos de gravidades diversas, ou seja, de condutas que tenham como objetivo material arma de fogo *de uso permitido* e arma de fogo *de uso proibido ou restrito*, os quais, conforme a própria lei, são passíveis de sanções diferenciadas. Além disso, diante da posição topográfica do dispositivo, que se segue ao § 2º e interrompendo este qualquer liame com os dispositivos anteriores, essa solução viola o elemento sistemático necessário à qualquer interpretação. Caso fosse a intenção da lei tipificar como qualificados os crimes definidos no art. 10, *caput*, e § 1º, a disposição sobre a condenação anterior teria que se seguir a esses dispositivos

e nunca ao § 2º. É realmente inacreditável a desídia, se não a incapacidade, com que o legislador elaborou a lei em exame, inserindo disposição que, para nós, é de todo inaplicável.

## **6. Causa de aumento de pena**

Prevê ainda o § 4º do art. 10 que a pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público. Pela colocação desse dispositivo, último no que diz respeito aos crimes e às penas, dá-se a entender que essa causa de aumento de pena se aplica a todos os crimes definidos no art. 10 da Lei nº 9.437, de 20-2-97. Visava o legislador, ao que parece, o que seria compreensível, punir mais severamente os agentes policiais que praticam um dos ilícitos definidos no referido diploma legal com abuso de poder ou violação de dever funcional. O Código Penal prevê, por essa razão, qualificadoras ou causas agravantes em crimes não-funcionais quando o servidor pratica determinados crimes abusando de poder ou da função ou violando dever funcional. Assim, há qualificadora no caso de violação de correspondência e outros “se o agente comete o crime, com abuso de função, em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico” (art. 151, § 3º); de falsidade de títulos e outros papéis públicos “se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo” (art. 295); de falsificação de selo ou sinal público, de documento público, de falsidade ideológica pela mesma razão (arts. 296, § 2º, 297, § 1º, 299, parágrafo único) *etc.* No caso, entretanto, ao invés de se referir ao abuso de poder ou violação do dever a lei prevê uma considerável causa de aumento de pena (metade) simplesmente porque o agente é servidor público. Assim, a simples condição do condenado por um dos ilícitos previstos na lei de exercer um cargo ou função pública levaria à agravação excepcional da pena.

A aplicação da lei, por essa razão, exige uma interpretação restritiva sob pena de ser considerada a norma penal violadora do preceito constitucional de que todos são iguais perante a lei. Não é possível dar-se tratamento diverso, mais severo, ao servidor público, apenas por essa qualidade. Deve-se, portanto, entender que a finalidade da lei é tratar mais severamente apenas aos servidores públicos que, ao praticarem um dos delitos enumerados na Lei nº 9.437/97, abusam de poder ou da função ou violam deveres inerentes ao cargo. Só dessa forma se pode afastar a inconstitucionalidade do dispositivo.

## **7. Revogação na Lei das Contravenções Penais**

Ao dispor exaustivamente sobre crimes ligados à aquisição, registro, porte, alteração, disparo, *etc.*, de arma de fogo, o art. 10 da Lei nº 9.437/97 afasta a incidência dos dispositivos que tratam do assunto na Lei das Contravenções Penais (arts. 18, 19 e 28). É de se ponderar, entretanto, que nem todas as disposições do Decreto-Lei nº 34.688, de 3-10-41, estão revogadas. Basta lembrar que os arts. 18 e 19 da LCP

referem-se indistintamente às armas de fogo e às armas brancas. Como a nova lei só faz referência às primeiras, permanecem em vigor os dispositivos que incluem no tipo penal, a fabricação, importação, exportação, depósito, venda e porte de armas brancas. O art. 28, entretanto, está revogado, aplicando-se agora ao fato nele descrito o art. 10, § 1º, inc. III, da Lei 9.437.

## 8. Vigência da lei

Nos termos do art. 20 da Lei 9.437, o art. 10 entraria em vigor “após o transcurso do prazo de que trata o art. 5º” do mesmo diploma. Neste se concede “o prazo de seis meses, prorrogável por igual período, a critério do Poder Executivo”, a partir da data da sua promulgação, que se deu em 20 de fevereiro de 1997, para que o proprietário, possuidor ou detentor de arma de fogo possa promover o registro de arma não registrada ou que teve a propriedade transferida, ficando dispensado de comprovar a sua origem, mediante requerimento, na conformidade do regulamento. À primeira vista, portanto, a lei entraria em vigor no dia 21 de agosto de 1997. Entretanto, o Decreto nº 2.222, que regulamenta a lei em estudo, só foi editado em 8 de maio de 1997 e, em seu art. 9º, dispõe: “Durante o período a que se refere o art. 5º da Lei 9.437, será concedido registro de arma de fogo de uso permitido, ainda não registrada, independentemente de limites de quantidade e comprovação de origem”. Duas interpretações são possíveis a respeito dessa disposição. A primeira delas é de que o “período” a que se refere é de seis meses a contar da promulgação da lei, de modo que a vigência das normas penais iniciou-se em 21 de agosto de 1997. Numa segunda orientação, o decreto se refere a um prazo de seis meses a contar de sua edição, ou seja a partir de 8 de maio de 1997, tendo-se como início de vigência da lei incriminadora o dia 9 de novembro de 1997. Parece-nos mais correta esta interpretação já que o art. 5º da Lei 9.437 prevê justamente a possibilidade de prorrogação do prazo pelo Poder Executivo. Além disso, a lei assegura o direito do registro especial da arma, sem maiores formalidades, por um período de seis meses e esse prazo não poderia correr antes do início de vigência do decreto que a regulamenta. Adotando-se a primeira orientação, estar-se-ia suprimindo, pela demora na edição da regulamentação, um direito assegurado em lei. Dessa forma, o melhor entendimento, inclusive para propor maior segurança na aplicação das normas incriminadoras, é de se optar por esta solução, que, aliás, possibilita o conhecimento dos novos dispositivos penais a seus eventuais destinatários.

Evidentemente, o autor dos fatos descritos na Lei das Contravenções Penais cometidos até a vigência da nova lei são regidas por aquele Estatuto, mais benigno do que esta.