

# CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO – ANOTAÇÕES CRÍTICO METODOLÓGICAS –

*João José Caldeira Bastos\**

## 1 Introdução

Elaboro aqui algumas notas e observações esparsas em torno de alguns delitos contra o patrimônio. Elas se destinam a ilustrar, para efeito de ensino e pesquisa, a visão crítico-metodológica do Direito Penal, bem mais abrangente em termos de realidade histórico-sociológica do que as modernas e sofisticadas - mas ilusórias - visões dogmáticas acerca da matéria. Trata-se de uma abordagem realista, apegada aos fatos normativos e, não, a premissas teóricas de limitados alcances práticos (Direito Positivo) ou de duvidoso cunho ontológico (Direito Natural). Conforme assinado em outro contexto, o Direito existe objetivamente, como fato histórico, e o mínimo que se deve exigir de um professor, de Direito ou de história, é que se atenha aos fatos reais, sem prejuízo do reconhecimento de variáveis interpretativas em torno de suas dimensões e relevância (Direito Penal: visão crítico-metodológica. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 1. São Paulo: RT, p.100, 1993. Ver também: MACIEL, Getulino do Espírito Santo, ENCARNAÇÃO, João Bosco da. (Org.) In: *Seis temas sobre o ensino jurídico*. São Paulo: Cabral, 1995. p.45.). Examinemos algumas hipóteses, para análise crítica, no âmbito dos crimes contra o patrimônio.

## 2 Furto

### 2.1 Furto noturno

Constitui crime de furto (Código Penal, art. 155, *caput*) “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. A pena aumenta-se de um terço (§ 1º) se o crime é praticado durante o **repouso noturno**.

Quem possui uma visão crítica do Direito sabe que uma das missões do intérprete é a de eliminar a vagueza e ambigüidade do sistema normativo (no caso, do CP). Era verdade, porém, quando se trata de ambigüidade superficial, ou de vagueza de pequena monta, pode ocorrer que o intérprete, agindo ideologicamente, lhes forneça maior dose de “consistência” para, em seguida, optar pela tese que mais lhe agrada.

No caso do furto noturno havia na doutrina um certo consenso de que essa agravante especial existi-

---

\* Professor de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito/UFSC

ria se o crime fosse praticado durante o período de repouso da comunidade. Duas condições: noite e repouso (da comunidade). Partia-se do pressuposto de que a defesa do patrimônio da vítima fica diminuída em razão do recolhimento aos lares da grande maioria da população. À facilidade da execução do furto responde o legislador com a ameaça de uma pena mais severa.

Uma outra corrente se refere ao repouso da **vítima**: se ela se encontra desperta, na hora do fato, inexistente o acréscimo de pena. Por esse critério se deveria identificar o furto noturno no ato de subtração de algum bem, altas horas da noite, durante o repouso do proprietário. Não bastou. Eis a reação de alguns tribunais: só vale furto noturno quando cometido em residência habitada, estando a coisa nas proximidades, sob a vigi-lância teórica da vítima (ver: FRAN-CO, Alberto Silva, et alii. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial* 5.ed. São Paulo: RT, 1995. p. 1.908-12.). Assim, não haveria que se reconhecer essa figura delituosa na hipótese de furto de automóvel em plena via pública, praticado à meia-noite, mesmo quando a vítima, seus familiares e a comunidade local se encontrassem dormindo; ou de objetos de valor subtraídos, de madrugada, de estabelecimento comercial ou de garagem coletiva de edifício. Nos dois exemplos, vê-se facilmente, a coisa subtraída não se encontrava no interior de residência habitada. Incabível, pois, a majorante do furto noturno.

Em poucas palavras: há tribunais que, à revelia da lei, exigem mais do que o repouso da comunidade e, mesmo, da vítima! Fogem, pois, da zona de luminosidade do sistema normativo, que se limita a falar em aumento de pena (por sinal, obrigatório!) era havendo subtração durante o repouso noturno. Mas a lógica jurídica nem sempre corresponde à lógica da lei, como premissa. E por quê? Qual a explicação cabível?

Num contexto favorável, de ampla liberdade de ação, o operador do Direito interfere radicalmente no sistema, substituindo-o, se necessário, por aquele que considera mais adequado, nas circunstâncias. Como sempre, o Direito se constrói a cada momento histórico, em função e a partir dos valores e limitações dos intérpretes com poder decisório. A lei, apesar das aparências em contrário, e à semelhança do barro nas mãos de um oleiro, lembra uma espécie de massa informe a ser manipulada (com habilidade e prudência) pelo magistrado, mesmo - e sobretudo - nos regimes de estrita separação de poderes. A forma definitiva da lei penal, que também passa pelo crivo e manejo de outros artesãos -por exemplo, autoridade policial, advogado, promotor de justiça -quem a confere é o juiz, na eventualidade de um processo-crime. O texto legal, ora irreconhecível, ora revelando em si mesmo facetas camaleonescas ou vontades contra-ditórias, só conserva sua potencialidade normativa se alguém se dis-

põe a carregá-lo nas costas, ainda que a contragosto. Sabe-se, aliás, que a lei funciona razoavelmente, e com uma certa uniformidade interpretativa, menos na proporção de sua clareza do que de sua **acei-tação social**. É esta que lhe confere legitimidade e, na sequência, determina maior poder de controle e fiscalização por parte dos próprios destinatários.

Direito é ação, vontade e liberdade interligadas, o que significa dizer que o legislador **também** é fonte do Direito. Mas não porque sua mensagem foi bem entendida, e sim, porque foi acatada por aqueles que, nas circunstâncias, não tinham ou não encontraram melhor opção.

## **2.2 Destruição ou rompimento de obstáculo (furto qualificado)**

### **2.2.1 Divergências interpretativas**

Dentre outras circunstâncias, a pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão, e multa, se o furto é cometido com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, § 4º, I).

Exemplos corriqueiros: subtração de objetos de uma casa de moradia, precedida de arrombamento de alguma porta ou janela; quebra de uma vitrine de um estabelecimento comercial e retirada, em seguida, das jóias e relógios em exposição; destruição parcial de um cofre-forte embutido numa parede para posterior subtração do dinheiro e outros objetos nele contidos.

De passagem, lembro que o dano em si (CP, art. 163) é absorvido pelo crime-fim, o furto, que se torna qualificado.

Nota-se, através dos exemplos, que a coisa subtraída é sempre **di-versa** do obstáculo que sofre o rompimento ou destruição. De um lado, a porta ou janela, de outro, os objetos encontrados dentro da casa; na frente do ladrão uma vitrine ou um cofre-forte, impedindo a execução do furto das jóias e dinheiro. Ao ladrão não interessam as portas ou janelas, ou a vitrine, ou o cofre-forte. Ensina-se, então, que inexistente furto qualificado se o obstáculo à subtração reside na própria coisa subtraída, segundo suas condições ou natureza. Assim, uma árvore se encontra naturalmente presa ao solo. Se for cortada ou arrancada, com destruição de suas raízes, não será objeto material de um furto qualificado. Desta feita, o que conta para o larápio é a própria árvore, a coisa que ele vai atingir via rompimento ou destruição parcial. Por isso o furto é simples, pois no tipo qualificado a coisa-obstáculo tem que ser distinta da coisa subtraída. Em resumo, exige-se um obstáculo **exter-no** à coisa furtada.

Esta teoria, em princípio acatada pela doutrina e jurisprudência, não vem expressa, com todas as letras, no texto do Código Penal. Do silêncio do legislador, no entanto, se colhem maravilhas. Basta que se procure a *ratio legis*, em latim, ou a “razão da lei”, em português,

para se encontrar no objeto da in-dagação aquilo que já estava nas-cendo, e se fortalecia, na mente do pesquisador-exegeta.

Heureca! Pelo método indutivo (exame da série de exemplos) se descobria, por generalização óbvia, o denominador comum do obstá-culo **extrínseco** à coisa que se fur-tava! Ou seria o inverso, ou seja, pela dogmatização da teoria se ar-rolavam os exemplos compatíveis?

Não nos importa a resposta, mas a explicação do mecanismo, a in-dicação dos meandros e técnicas do raciocínio jurídico. No momento em que aderimos à tese em epígrafe estamos, em verdade, admitindo uma interpretação restritiva do tex-to legal. Não é **qualquer** obstáculo (interpretação declarativa), mas um obstáculo com determinada carac-terística, implícita no sistema, que está presente na figura delituosa em exame. Nessa linha de raciocí-nio, por exemplo - com ou sem acerto do legislador, o detalhe é secundário - não haveria furto qua-lificado se o agente quebrasse o vi-dro do automóvel para furtá-lo em seguida. O vidro faz parte da “ana-tomia” do bem subtraído e, conse-qüentemente, sua destruição não poderia justificar o reconhecimen-to da forma qualificada. Diferente-mente, se o sujeito ativo arrebenta a porta de uma garagem para fur-tar o veículo, aí sim, estariam pre-enchidas as condições legais.

Tudo muito bem até certo pon-to, enquanto não são percebidos os paradoxos. Ora, se alguém destrói o quebra-vento de um automóvel para furtar, e efetivamente furta, um pacote situado no interior do veículo, esse alguém pratica furto qualificado. Não há subterfúgio ca-paz de exorcizar a evidência: o que-bra-vento é extrínseco ao pacote encontrado sobre o banco e serve de obstáculo, juntamente com ou-tras partes do carro, à retirada des-se pacote ou de qualquer objeto em condições seme-lhantes.

Contraste: dano ao veículo e subtração do pacote igual a furto qualificado; dano ao veículo e sub-tração do próprio veículo (mesmo levando junto o pacote!) igual a furto simples.

Daí a reação jurisprudencial: “Arreda-se a qualificadora pelo rompimento de obstáculo (rompi-mento do quebra-vento) em caso de furto de objetos subtraídos do in-terior do veículo: seria paradoxal dispensar tratamento mais rigoro-so a tal agente, do que o dispensa-do àquele que subtrai o próprio ve-ículo, de maior valor e não-recuperado” (TACRIM/SP - AC - Rei. CEL-SO LIMONGI - JUTACRIM 86/374, In: *Código Penal e sua Interpreta-ção jurisprudencial*, de ALBERTO SILVA FRANCO e outros, cit, p. 1931). Ou: “Forçar ventarola de veículo com o fim precípua de, ao depois subtrair seus acessórios, não basta para qualificar o furto por arrombamento, vez que se a viola-ção tivesse sido efetuada para fur-to do próprio veículo, estaria o

agente cometendo um furto simples” (TJSC - AC - Rei. MÁRCIO BATISTA - RTJE 79/235. Ibidem, p. 1932). E mais: “Não responde pela qualificadora o agente que arromba o vidro de automóvel para furtá-lo. Assim, ilógico e contraditório que se entendesse caracterizada quando o *furtador*, ao invés de subtrair o próprio carro, com todos os seus acessórios, se limita a levar o toca-fitas” (TACRIM/SP -AC - Rei. OLIVEIRA SANTOS - RJD 6/90, Ibidem, p. 1.933.).

Está nos acórdãos: “paradoxal”; “ilógico”; “contraditório”.

Conseqüentemente, outro **dog-ma** é imediatamente acionado, o da racionalidade do legislador, a indicar o caminho da equiparação normativa, em benefício do réu.

É visível, no entanto, a mágica do intérprete. A lei, afinal, acabou eliminada do contexto, pois ela deixou de funcionar nas duas hipóteses: de interpretação declarativa (qualquer obstáculo, extrínseco ou intrínseco) ou restritiva (obstáculo extrínseco). O juiz estaria dizendo ao legislador mais ou menos o seguinte: “Ao fazeres distinções dogmáticas artificiais e injustas corre o risco de não seres atendido.”

O curioso de tudo isso é que o legislador não pode reagir, ele fala pela boca do intérprete, como diria MONTESQUIEU. Nada obstante, há quem discorde, e aponte a lei na sua clareza textual: “A qualificadora prevista no art. 155,

§ 4º, do CP, consubstancia-se na conduta do agente que destrói ou rompe obstáculo à subtração da coisa, vale dizer, na sua atuação sobre qualquer empecilho material a essa subtração, pelo que não há razão lógica ou legal para se fazer distinção entre o obstáculo externo e o inerente à própria coisa, pois ambos têm a mesma finalidade” (TACRIM/SP - AC - Rei. GOMES DE AMORIM - RJD 5/ 102. Ibidem, p. 1.930.). Ou: “Para efeito de qualificação do furto, não cabe distinguir entre obstáculo “inerente” e obstáculo “não-inerente” à coisa. Considera-se obstáculo tudo quanto - estranho à natureza da coisa ou dela fenomenologicamente inseparável - deva ser destruído ou rompido para que se torne exequível a subtração”. (TACRIM/SP - AC - Rei. CORRÊA DE MORAES - RJD 12/86. Ibidem, p. 1.930.).

Por esta última linha de raciocínio haveria furto qualificado se o agente, ao quebrar o vidro, leva o próprio carro ou apenas o toca-fitas do veículo. Interpretação declarativa. Se a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Além disso, ao disciplinar a matéria dessa forma o legislador estaria procedendo corretamente, com lógica. O que conta é o fato de o vidro do carro significar, em si mesmo, uma sólida barreira (obstáculo) para a subtração do automóvel ou de qualquer acessório, objeto, peça ou material si-

tuado em seu interior. A racionalidade do legislador residiria exatamente no fato de ele não distinguir entre obstáculos internos ou externos à coisa subtraída. Em ambas as hipóteses se vislumbra a maior impetuosidade e arrogância do ladrão, no gesto de romper ou destruir coisa alheia.

### 2.2.2 Observações críticas

E agora, como ficamos? Que lei é essa, de tantas idas e recuos, que não diz aquilo que parece dizer ou que se amolda à capacidade visual do intérprete? Pelo que observamos acima, às vezes se admite amplamente a forma qualificada; outras vezes se a reconhece com restrições; de repente, nem uma coisa nem outra, a forma qualificada é abolida do sistema!

Ora, novamente nos deparamos com a inevitável interação **sujeito/ objeto**. O sujeito é o juiz, o professor em sala de aula, o jurista com seus compêndios e manuais. O objeto é a lei, o Código Penal, a Constituição Federal. Presume-se que os operadores jurídicos disponham de suficiente cabedal teórico, de conhecimentos especializados que justifiquem sua titulação acadêmica e formação profissional. Só que eles não se entendem, ainda que diante do mesmo objeto; e o problema não é de ordem intelectual, via de regra, mas de excesso de receitas intrinsecamente contraditórias, e assimiladas e digeridas de um modo único, personalizado, intransferível.

Assim como as leis são vagas e ambíguas, também são vagos e ambíguos os princípios norteadores da hermenêutica jurídico-penal. E mais: ainda existe a chance de o magistrado, pura e simplesmente, descartar a aplicação de um dispositivo legal claro em seu texto e luminoso em seu espírito.

Percebe-se que o **Direito** (no nosso caso, o Direito Penal) passa a depender não mais da lei, e sim, da lei e do intérprete; a depender das circunstâncias históricas, do conteúdo ideológico da norma e do seu maior ou menor grau de convencimento perante os que se encarregam de cumpri-la ou fazê-la cumprir. A lei, portanto, deve continuar a ser vista como **projeto** de direito e, não, como o próprio direito. Este, é claro, também se concretiza com a lei: desde porém que essa lei, como objeto, mais do que simplesmente notada e compreendida pelo intérprete, lhe sirva de imperativo ético intransponível ou de roteiro mais ou menos coercitivo, por força das circunstâncias. Vontade e liberdade de ação continuam a sintetizar as raízes de um Direito Penal inarredavelmente confuso e contraditório, feito à imagem e semelhança do **homem**, seu artífice e construtor, no contexto das possibilidades compartilhadas.

São inúmeras, quase infinitas, as opções hermenêutico-dogmáticas dos operadores do Direito. Seus instrumentos de trabalho extrapolam, em muito, as teorizações de

gabinete, as sofisticações dos eruditos, a clarividência dos iluminados, as novidades e tendências da bolsa de valores normativos.

Definitivamente, mostram-se inúteis as tentativas de harmonização ideológica através da enunciação de princípios racionais prevalentes, escalonados e hierarquizados, seja na forma, seja no conteúdo. Os que pregam esses princípios e os que, em tese, concordam, acabam discordando no dia seguinte, na hora seguinte, no minuto seguinte. Mais esquisito ainda: a técnica preferida do penalista, daquele que se notabiliza por seus arrazoados, por sua doutrina, por sua sabedoria, é a técnica do esquecimento, mesmo que, às vezes, nem ele se dê conta de tal realidade. Nenhum penalista, por mais gabaritado, conseguiu até hoje libertar-se (se é que algum dia tentou!) do jogo dialético das contradições retóricas e argumentativas. Curiosamente, todos se deixam facilmente enredar e seduzir pelo **combate** às suas próprias idéias enunciadas havia pouco no mesmo contexto, na página do lado ou na frase recém-esboçada.

Trata-se de uma constatação empírica e realista. Não se cogita, aqui, de julgamento de valor. Observações quanto a mérito ou demérito perdem praticamente o sentido quando se percebe que o fenômeno caracteriza e contagia uma atividade em si mesma contraditória, de cunho e natureza histórico-sociais. Não está em jogo apenas o indivíduo, a pessoa do intérprete, no seu isolamento espiritual; está em jogo todo um contexto ideológico e circunstancial, de conteúdo variado e polivalente, que a todos envolve e contamina.

Evidentemente, não se nega a emergência de uma personalidade que acaba explicando, em grande parte, a decisão a ser tomada. O que se nega é a possibilidade de encobrimento ou superação das contradições jurídicas através da alegação de **pureza ontológica** de velhas e novas teorias dogmáticas acerca do crime e da pena, apartadas da concretude histórica da dinâmica social.

Enquanto houver intérprete haverá, em consequência, contradição formal. Voltando ao exemplo de sempre, a título de comparação: no Direito, como nos esportes, não bastam as normas gerais preestabelecidas. Um árbitro de futebol, mal posicionado em campo, pode anular o que é válido ou convalidar a jogada incorreta. A contradição, antes formal, se revela agora mais séria, porque de natureza material. Em princípio, o que se consolida? É a decisão do árbitro, carregada, já, de conteúdo. Seme-lhantemente, a decisão do magistrado, mesmo em conflito com outras decisões, tende igualmente a consolidar-se como direito posto. Mas a moderna dogmática penal continua desatenta a essa realidade.

de, às contradições objetivas do Direito, que teimam, em contrapartida, a se perpetuar.

### 3 Roubo com arma de brinquedo

#### 3.1 O sentido da norma

A pena do roubo próprio (art. 157, *caput*) ou impróprio (§ 1º) so-fre aumento “de um terço até me-tade”, nos termos do § 2º, se a vio-lência ou ameaça é exercida “com emprego de arma” (inciso I).

Entende-se que arma, para os efeitos legais, é todo instrumento especialmente elaborado (arma em sentido estrito) ou eventualmente utilizável (sentido amplo) para o ataque ou defesa das pessoas. Nin-guém duvida que revólveres e me-tralhadoras constituam armas au-tênticas. Ancinhos e foices já po-deriam ser contestados, pois sua destinação é agrícola. Incluem-se, no entanto, no conceito de arma, haja vista seu indiscutível potenci-al de agressão ou intimidação.

Ainda que muitos penalistas não gostem da chamada “interpretação extensi-va”, em prejuízo do réu, o fato é que sobre o assunto parece não haver disputa doutrinária. Até mes-mo pedras e pedaços de pau são encarados como **armas** quan-do usa-dos ostensiva e ameaçadoramente. “De modo geral - preleciona MAGA-LHÃES NORONHA - todo objeto de poder ofensivo e usado intencionalmente constitui arma (*Direito Penal* 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 154.). Mas os punhos de um lu-tador de boxe ou caratê somente por analogia *in malam partem* é que po-deriam ser equiparados a elas, pois a majorante legal exige, com clare-za, o emprego de algum objeto (arma) distinto do sujeito. Nenu-ma parte do corpo humano (mãos, pernas, dentes etc.) se encaixa no conceito de arma, no âmbito do Di-reito Penal.

As divergências interpretativas começam a ocorrer quando se in-daga - como simples hipótese dou-trinária, ou na prática forense - se o emprego, por exemplo, de um re-vólver descarregado, ou quebrado, ou de brinquedo, justifica o acrés-cimo de pena preconizado em lei.

NELSON HUNGRIA liderou o movimento de sua possibilidade: “A ameaça com uma arma ineficiente (ex.: revólver descarregado) ou fingida (ex.: um isqueiro com feitio de revólver), mas ignorando o agen-te tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a *ratio* desta é a intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir” (*Comentários*, VII, Rio de Janeiro: Forense, 1955. p.55.).

Observe-se que, no texto de HUNGRIA, se o agente **sabe** que uti-liza arma fingida ou ineficiente, a majorante não é expressamente admitida. Ora, na flagrante maioria dos roubos com tais armas o agen-te **conhece** a particularidade, de modo que, aparentemente, o gran-

de penalista estava pensando na **vítima** e, não, no agente. O sujeito passivo da ameaça não percebe a fragilidade ou inocuidade do instrumento e, por isso mesmo, sente anu-lada sua “capacidade de resistir”.

Como quer que seja, este último detalhe é que tem justificado na prática, para uma expressiva corrente jurisprudencial (inclusive STF), o reconhecimento da forma qualifica-da. Entende-se que prevalece o “es-pírito” da lei, que estaria preocupa-da com o maior grau de intimida-ção da vítima, decorrente da percep-ção, não importa se errônea, de uma arma pronta para ser usada. Esse **pavor** da vítima (aspecto subjetivo) é que conta para o endurecimento da resposta punitiva.

Vejamos alguns acórdãos, In: *Código Penai e sua interpretação jurisprudencial*. Op. cit. de ALBER-TO SILVA FRANCO et alii:

“O uso de arma de brinquedo, se intimida a vítima, credencia o aumento de pena em virtude da qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP” (STF - RE - Rei. FRANCISCO REZEK - RT 588/439) - p.2.020.

“Se houve intimidação da vítima, por não saber que se tratava de arma de brinquedo, justifica-se o aumento da pena a que alude o art. 157, § 2º, I, do CP” (STF - RE - Rei. NÉRI DA SILVEIRA - RT 592/434; RTJ 119/275)-p.2.020.

“Não descaracteriza o crime de roubo qualificado ter-se o assaltan-te utilizado de revólver de brinque-

do para impor-se à vítima, pois a intimidação pela violência, de qual-quer sorte, ocorreu, eis que igno-rava a vítima ser a arma de brin-queda” (STF - RE - Rei. ALDIR PAS-SARINHO - RT 609/448; RTJ 114/ 341)-p.2.019.

Na doutrina, porém, sobretudo em se tratando de **arma de brin-queda**, predomina largamente o entendimento da ocorrência de rou-bo simples. Para o reconhecimento da forma qualificada aceita-se no máximo o emprego de arma impró-pria, não de uma arma inexistente. O texto revela o “espírito”: a lei fala em **arma** e, não, em simulacro de arma. O dolo do agente é típico, ali-ás, de subtração mediante fraude. A “gra-vidade” da ameaça só se mos-tra compatível com o roubo (simples) porque o gesto é mal interpretado pela vítima: a hipótese corresponde à **expressão verbal** ameaçadora, que integra o delito (art. 157, *caput*, ou § 1º) mesmo que não haja inten-ção de realizar a promessa. Se uma simples frase, independentemente do verdadeiro propósito do agente, pode constituir elemento do roubo, então faz sentido considerar-se o emprego de arma fictícia como ins-trumento de intimidação, para os efeitos jurídico-penais.

Mas inexistente, em substância, maior gravidade real, concreta, no ato de apontar contra alguém uma inofensiva arma de brinquedo em confronto com o gesto de ameaça de socos e pontapés. E se a vítima, bem mais forte, resolve reagir e

enfrentar o “temível” assaltante? Ora, quando o revólver é verdadei-ro, ela pode ser morta ou ferida. Se o revólver é de fantasia...

O “espírito” da lei se revela niti-damente pelo **perigo** vivenciado pela vítima; e perigo de ordem objetiva (risco de morte ou de lesão corpo-ral), inconfundível com o “temor” da pessoa que está sendo roubada. A subjetividade do ofendido não dispensa a realidade objetiva de um perigo concreto, a demandar um acréscimo de pena proporcional à maior gravidade da conduta.

Sintetiza DAMÁSIO DE JESUS: “O CP somente qualifica o delito de roubo quando o sujeito emprega **arma**. Ora, revólver de brinquedo não é arma. Logo, o fato é atípico diante da qualificadora” [*Direito Penal*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.301.).

### 3.2 *Análise crítica*

Todos os que admitem a forma qualificada se deixam envolver por uma espécie de empatia para com a vítima, em sua dramática suje-tividade. Ora, essa empatia, por mais respeitável e compreensível, não justifica o descumprimento do preceito constitucional do *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ne-nhuma pena, em sua natureza ou quantidade, pode ser irrogada, no Brasil, sem prévia cominação legal (CF, art. 52, XXXIX; CP, art. 1º). E o legislador só autoriza o aumento de pena, por sinal elevado, de umterço ã metade, se ocorre “emprego de arma” (art. 157, § 2º, I).

Afirmar o contrário é endossar, na prática, o que se proíbe na teoria em nome do Estado de Direito. Afinal de contas, “arma, no rigor da lei, tem sentido técnico, não podendo ser ampliada para abranger brinquedos que a imitem, assim fazendo-se verdadeira interpretação analógica *in malam partem*, tradicionalmente ve-dada” (TACRIM/SP - Rev. - Rei. ERCÍLIO SAMPAIO - JUTACRIM 72/ 23. Op. cit. p.2.022.).

A reviravolta interpretativa che-gou recentemente ao Pretório Excelso:

“À corrente jurisprudencial que entende configurar o “emprego de arma” - causa especial de aumen-to de pena no roubo, na utilização da arma de brinquedo, a melhor doutrina tem oposto crítica demo-lidora; ainda, porém, que se aceite a discuti-vel orientação, nem ela permite divisar a referida causa de exacerbação da pena, que é pura-mente objetiva, na circunstância de o agente simular estar armado, mediante gesto que aparente por-tar o revólver sob a camisa” (STF -HC - Rei. SEPÚLVEDA PERTENCE -RT 696/434. Op. cit. p.2.025.).

**Roubo - Causa de aumento -Emprego de arma imprópria ao disparo - Insustistência** - Cons-tatado, mediante exame pericial da arma utilizada no roubo, a impos-sibilidade de produzir disparos, descabe a observância da causa de aumento do inciso I do § 2º do arti-

go 157 do Código Penal. O quadro é semelhante àquele revelado pelo emprego de arma de brinquedo, valendo notar que não se pode co-locar na vala comum situações concretas em que a potencialidade do risco tem gradação diversa. A hipótese está compreendida pelo *ca-put* do citado artigo no que cogita da grave ameaça isto considerada a óptica da vítima, decorrente das aparências” (STF - HC - 70.523.5 - Rei. MARCO AURÉLIO - DJU de IV10/93, p. 20215 - e RT 702/438. Op. cit. p.2.026.).

**No mesmo sentido:** STF - HC 71.051-4 - Rei. MARCO AURÉLIO - DJU de 09/9/94. p.23.442. Op. cit. p.2.022.

Observação curiosa, mas inevi-tável: o Código Penal (roubo com emprego de arma) não mudou uma única vírgula. Mudaram, sim, os intérpretes e, com eles, começa a consolidar-se um novo Direito Penal. E para melhor, diga-se de passagem.

É impossível, à luz do sistema do Código, incidir na majorante se o instrumento utilizado no roubo não passa de um inocente “revól-ver” de criança. Os que pensam de outra forma parece que não levam a sério o legislador. Todas as expressões da lei, sem exceção alguma, se reputam verdadeiras no sentido de exigirem concreta e historicamente, sem dissimulação, fatos correspondentes ao limites de seu significado. Quando se fala em “arma”, no art. 157, § 2º, I, não se está pensando em nenhuma encenação teatral ou cinematográfica, ou numa brincadeira (simulação) entre amigos, ou na esperteza do ladrão. Aceitar, como válida, para efeito de majoração da pena do roubo, uma arma fictícia, falsa, fingida, imaginária, irreal, é subverter inad-vertidamente toda a estrutura de legalidade dos crimes e das penas, em detrimento da Constituição Federal. É ignorar, sem a menor cerimônia, uma das mais preciosas conquistas do cidadão perante o arbítrio do Poder organizado, ou seja, o princípio da legalidade dos crimes e das penas.

Como explicar, então, a doutrina divergente? No fundo, a pretexto de busca do “espírito” da lei, o intérprete acaba projetando sua própria **von-tade**, seu desejo pessoal de maior rigor na punição, que ele considera **razoável** ou **idealmente** justo. Não fica difícil, na seqüência, mesmo que inconscientemente para alguns, encontrar na *ratio legis* o apoio que o texto legal se nega a fornecer. À malícia do assaltante responde-se com a “bondade” da perícia hermenêutica no desvelamento da questão, curiosamente identificado às expectativas da vítima, de parcela do grupo social e, é claro, da ideologia pessoal do operador jurídico.

## 4 Em síntese: vontade interpretativa

Chegamos à palavra-chave, à categoria jurídica da **vontade interpretativa**, se bem que pouco

lembrada nos manuais de Direito Penal. Pouco lembrada porque nos-sos melhores penalistas preferem o elegante debate às claras, o jogo retórico do estéril dogmatismo hermenêutico, na vã esperança de perseguir e guardar para si, ou para sua escola, corrente ou doutrina, a “autêntica” verdade jurídica. Traba-lham, honestamente, com sua in-teligência, com argumentos que pretendem derivados da lei ou da “natureza das coisas”, acessíveis ao que se poderia chamar de uma su-posta racionalidade compartilhada.

Fala-se de tudo, desde as regras gerais de conflito “aparente” de nor-mas (especialidade, subsidiarie-dade, consunção, fato posterior impunível etc.) às variá-veis argu-mentativas de ordem lógico-formal (coerência e harmonia do sistema, por exemplo) ou de sentido prag-mático (política criminal, bom sen-so, lógica do razoá-vel, dentre ou-tras) ou, ainda, de conteúdo ético (por exemplo: justiça, direito natu-ral, analogia, equidade). Operando com esse largo espectro de opções acaba o penalista se esquecendo, apesar disso, das inevitáveis con-tradições intrínsecas, que lhe per-mitem confundir suas preferênci-as ocasionais com a impossível objetivi-dade das normas que imagina - ou finge - descobrir.

Daí a importância, no **PLANO DIDÁTICO**, da indicação de catego-rias jurídi-cas de cunho realista, a serem analisadas, como sempre, de forma dialética, ou seja, em suas conexões com outras categorias ou premissas igualmente interligadas: **for-ça, poder, vontade, liberdade**. Todas elas, é bom que se frise, em sua concretude histórica, **o que sig-nifica dizer que o Direito Penal conserva para sempre uma zona de incerteza a ser preenchida ale-atória e circunstancialmente**.

As hipóteses que anotamos (fur-to noturno, furto qualificado pelo rompimen-to ou destruição de obs-táculo, roubo mediante arma de brinquedo), somadas a tan-tas ou-tras (por exemplo, as controverti-das súmulas 554 e 610, do STF), ilustram a validade de uma **visão crítico-metodológica** do Direito Penal. Quer dizer, de um Direi-to Penal visto ou encarado sob a ótica de sua própria realidade histó-rica, sem a máscara das ilusórias encenações dogmáticas, que se al-ternam entre a pretensa clareza e objetividade das leis positivas e a frágil “cientificidade” de estruturas ontológicas da ação, da culpa, do crime e da pena.

Devem estar vivas em nossa memória, pois foram expressamen-te citadas no texto, as divergências interpretativas de eminentes minis-tros do Supremo Tribunal Federal acerca do roubo com emprego de arma de brinquedo. Como explicá-las? Se eles examinam o mesmo processo, ou processo equivalente; se estão diante do mes-mo Código Penal; se conhecem a fundo as téc-nicas hermenêuticas - por que não se entendem na hora do veredicto?

A resposta é clara, fácil, com-preensível, mas não faz parte da tradição jurídico-doutrinária, no Brasil. Com as exceções de sem-pre, penalista que se preza, em solo pátrio, preocupa-se em detectar ou assimilar a “evolução” ou “progresso” da ciência do Direito Penal, ainda que confusa, fragmentada, esotérica e, não raro, ilusionista. E tudo isso não necessariamente porque ciência penal derivada de outras plagas, mas porque confeccionada sob o pálio de simples tentativas de mudança terminológica, todas elas de fachada, de superfície, à semelhança da moda na indumentária, na música, no corte de cabelo. As intermináveis “revisões” no campo da tipicidade, da ilicitude, da culpabilidade, de que são exemplo os “modernos” princípios da ação finalista, da adequação social, da insignificância, do erro de tipo e de proibição, do normativismo ético, e tantos outros, não resolveram e não resolvem a questão, a menos que nossos ministros sejam tidos e havidos como **imperitos** ou, pelo menos, como profissionais **desatualizados**, pois divergem sempre, em todas as matérias, penais ou extra-penais.

Qual, então, a resposta? Muito simples: o Direito Penal, na prática (que, no fundo, revela a teoria), não se resolve com a lei, com o finalismo ontológico da conduta humana, com a doutrina da separação dos poderes, com a objetivi-

dade das regras hermenêuticas, com a inteligência dos intérpretes. Não, o Direito Penal (todo o Direito, aliás) pressupõe a conjugação, também, de outras premissas - com a inclusão, é claro, da lei, das teorias dogmáticas, das falácias argumentativas, da subjetividade e preferências do intérprete, das condições históricas, da ideologia social predominante, dentre tantas outras - mas premissas de cunho dinâmico, circunstancial, contraditório e, pois, relativo, aglutinadas concretamente sob o denominador comum das **CATEGORIAS BÁSICAS** da **vontade**, da **liberdade**, da **força** e do **poder**. São essas categorias que, em verdade, revelam o direito em sua concretude, mesmo que visivelmente associadas, conforme o caso, à sugestão da lei, como projeto; à personalidade e inteligência do intérprete; e ao suporte ideológico e material da sociedade. Ora, tantas diferenças de estilo, de peso, de expectativas, de influências, de valores - em suma, tantas variáveis juriferantes - só poderiam desembocar na elaboração e construção de direitos penais **no plural**, claramente personalizados. Direitos confusos, díspares, contraditórios e necessariamente injustos, se examinados sob o prisma da igualdade.

É possível que mais cedo ou mais tarde as novas gerações de juristas despertem para a percepção do caráter histórico-sociológico do Direito. Sem outros vínculos

ou preocupações que os da **busca da verdade**, terão melhor acesso às condições de mudança, no campo ético-valorativo. Uma coisa é certa: as condições de mudança não são essas que andam por aí, travestidas de suntuosa modernidade, mas de pouca serventia -salvo quanto às aparências retóricas - na prática efetiva de todos os nossos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

“A história, submetendo a tudo, inclusive ao Direito, é terrivelmente efetiva”, sintetiza Gladston MAMEDE [*Semiologia e Direito*. Belo Horizonte: Editorial 786, 1995. p.147.]. Quem a desconhece, ou dela prescinde, na dogmática jurídica, pode parecer sábio, e talvez o seja; pode parecer forte, e talvez o seja; pode parecer justo, e talvez o seja; pode parecer bem intencionado, e talvez o seja; dificilmente, porém, há de parecer, e certamente não o será, na simbologia do Novo Testamento, o “sal da terra”, o fermento e arauto da verdade que liberta.