

Ensaio

RECURSO ESPECIAL Nº 213.054 - SP* (1999/0039960-9)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO: SAMUEL DA CUNHA SOUZA
ADVOGADO: MARCO AURÉLIO V DE FARIA – DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena.

Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.

Cancelamento da Súm. 174-STJ.

Recurso conhecido mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, deliberar pelo cancelamento da Súmula nº 174 e, conseqüentemente, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Edson Vidigal, que votava contrariamente ao cancelamento da Súmula nº 174 e dava provimento ao recurso. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Fernando Gonçalves, por ter presidido a sessão de 26/09/2001.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2001 (data do julgamento).

MINISTRO VICENTE LEAL

Presidente

MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

Relator

* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 213.054 - SP (1999/0039960-9)*. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp>. Acesso em: 04 out. 2005. Recurso Especial nº 213.054 - SP (1999/0039960-9).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (RELATOR):

Trata-se de recurso especial fundamentado na alínea “c”, do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra acórdão do Eg. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, provendo parcialmente recurso de apelação interposto pelo ora recorrido, excluiu da condenação a causa especial de aumento de pena prevista no inciso I, § 2º, do art. 157, do Código Penal, por se tratar, no caso, de crime de roubo cometido com utilização de arma de brinquedo (fls. 90/101).

Sustenta o recorrente que a incidência da referida causa especial de aumento de pena incide mesmo quando o agente pratica o roubo com emprego de arma de brinquedo, trazendo em apoio à sua tese julgados desta Corte e do Col. Supremo Tribunal Federal.

Contra-arrazoado, o recurso foi admitido por despacho de fls. 164/165.

Neste grau de jurisdição, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 171/173).

Levado a julgamento em 20 de fevereiro do corrente ano, proferi voto no sentido de prover o recurso do *Parquet* Estadual, prestigiando o enunciado da Súmula 174 desta Corte (fls. 175).

Todavia, após pedir vista dos autos, o em. Ministro Felix Fischer, com fundamento no art. 125, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal, solicitou o sobrestamento do julgamento e a remessa dos autos a esta Eg. Terceira Seção, para revisão da Súmula (fls. 176).

Na assentada de 3 de abril último, a solicitação foi acolhida por unanimidade pelos Ministros integrantes da Eg. Quinta Turma (fls. 177).

Antes de incluído o feito em pauta, determinei nova vista dos autos ao Ministério Público Federal, nos termos do art. 125, § 2º, *in fine*, do RISTJ.

Em nova manifestação, o *Parquet* ratificou o parecer de fls. 171/173.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (RELATOR):

De início, cumpre observar que, embora não observado rigorosamente o disposto no art. 255, § 1º do RISTJ – uma vez que o recorrente apenas transcreveu e anexou as ementas dos acórdãos paradigmáticos – tenho por viável o conhecimento do recurso, porquanto, no caso, das ementas colacionadas pode-se



constatar sem esforço que está caracterizada a divergência interpretativa entre os arestos trazidos a confronto e o acórdão impugnado acerca da questão federal suscitada. No particular, tem advertido esta Corte:

“DIREITO ECONÔMICO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PROCEDIMENTO LIQUIDATÓRIO. JANEIRO/1989. ORIENTAÇÃO DA CORTE. DISSÍDIO NOTÓRIO. RECURSO ACOLHIDO.

I - NOS CÁLCULOS REALIZADOS EM SEDE DE PROCEDIMENTO LIQUIDATÓRIO DEVE SER ADOTADO, COMO FATOR DE CORREÇÃO RELATIVO A JANEIRO/1989, O PERCENTUAL DE 42,72%.

II - A TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS QUE, POR SI SÓ, SEJAM SUFICIENTES A EVIDENCIAR A DISSONÂNCIA INTERPRETATIVA, NOS CASOS DE DISSÍDIO NOTÓRIO, ENSEJA A ADMISSIBILIDADE DO ESPECIAL PELA ALÍNEA “C” DO PERMISSOR CONSTITUCIONAL.”

(RESP 101.956/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 24/02/1997, p. 3.342)

Além disso, o recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Passo ao exame do mérito.

O recorrido Samuel da Cunha Souza foi condenado em primeiro grau a 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 6 dias-multa, por infringência ao art. 157, § 2º, inciso I, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* excluiu da condenação a causa especial de aumento de pena relativo ao emprego de arma, seguindo o entendimento doutrinário no sentido de que “servindo a arma de brinquedo como meio idôneo para ameaçar, sem ser “arma” na acepção legal, constituiria *bis in idem* interpretá-la como meio que também qualifica o roubo (fls. 94).

Já o recorrente, Ministério Público do Estado de São Paulo, busca a reforma desse julgado alegando que a incidência da referida causa especial de aumento de pena incide mesmo quando o agente pratica o roubo com emprego de arma de brinquedo, trazendo em apoio à sua tese julgados desta Corte e do Col. Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, portanto, que se trata da antiga, porém ainda atual, polêmica travada entre os *subjetivistas* e *objetivistas* em torno da relevância penal da arma de brinquedo para fins de agravamento da pena do crime de roubo, controvérsia essa que foi sintetizada de forma bastante didática pelo insigne jurista e professor MANOEL PEDRO PIMENTEL, em valioso trabalho sobre o

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

tema, publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de janeiro de 1990, n. 1/90, p. 18/19, do qual se transcreve o seguinte trecho, *in verbis*:

“Indaga-se, então, o que será decidido, se a arma empregada ou simplesmente exibida for uma arma de brinquedo, sem efetivo poder vulnerante? Será reconhecida, ou não, a agravante?”

3. Duas correntes se formaram na doutrina na jurisprudência, às quais podemos denominar de subjetiva e objetiva. A primeira (subjetiva) sustenta que se a arma de brinquedo for apta para intimidar a vítima, funcionará como se fosse arma verdadeira, e a agravante deverá ser reconhecida. A segunda (objetiva) entende que a lei fala em arma, que é, como vimos, um “instrumento apto a lesar a integridade física”. Ora, no caso da arma ser brinquedo, isto é, apenas ter a aparência de arma, sem nenhum poder vulnerante, a agravante não poderá ser reconhecida.

A dissensão se instalou e os argumentos usados pelas duas correntes que se digladiam são ponderáveis. NELSON HUNGRIA é, no caso, subjetivista, afirmando: “A ameaça com uma arma ineficiente (ex.: revólver descarregado) ou fingida (ex.: um isqueiro com feitiço de revólver), mas ignorando a vítima tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a *ratio* desta é intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir.” (Op. cit., p. 58).

No mesmo sentido é o ensinamento de MAGALHÃES NORONHA: “Muita vez, uma arma pode não ser idônea para a realização da violência, de acordo com seu destino próprio; assim, p. ex., um revólver descarregado. Mas será idôneo para a ameaça se a vítima desconhecer essa circunstância.” (Direito Penal, Ed. Saraiva, São Paulo, 1977, 13ª ed., vol. 2, p. 166).

4. Em sentido radicalmente oposto opina DAMÁSIO DE JESUS, escrevendo: “Nós, entretanto, cremos que o emprego de arma de brinquedo não qualifica o crime de roubo, respondendo o sujeito pelo tipo simples. Isso decorre do sistema da tipicidade. 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, Ed. Saraiva, São Paulo, 1979, 2ª vol., pg. 319 e 320).

Entre essas posições extremadas encontra-se o saudoso professor HELENO CLÁUDIO FRAGOSO: “O fundamento da agravante reside no maior perigo que o emprego da arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria), tenha idoneidade para ofender a incolumidade física. Arma fictícia (revólver de brinquedo), se é meio idôneo para a prática de ameaça, não é bastante para qualificar o roubo. O mesmo não se diga, porém, da arma descarregada ou defeituosa em que a idoneidade é apenas accidental.” (Lições de Direito Penal, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981, 6ª ed., arts. 121 a 160 do CP, ps. 303 e 304).

Não obstante tratar-se de uma opinião intermediária, o texto que se segue indica que HELENO se inclina, afinal, para uma posição que é

defendida pela corrente objetiva, acrescentando: “É corrente nos tribunais o entendimento, *data venia*, incompreensível, segundo o qual o emprego de um revólver de brinquedo é bastante para configurar o furto qualificado (RT 411/282, 434/422, 455/434; Julgados TACSP, 19/1, 78; 20/2, 304; 20/2, 172; 22/3, 298 etc.). A lei exige emprego de arma. Um revólver de plástico ou de papelão não é arma na realidade dos fatos, mas tão-somente na errônea interpretação da vítima. Confunde-se o emprego da arma fictícia como meio idôneo para ameaçar, e pois para cometer roubo, com o emprego real de arma que qualifica o crime. CF. Jur. Crim. nº 482. O STF lamentavelmente se orienta no sentido da jurisprudência dominante (RTJ 72/961).” (Op. cit., p. 304).

JÚLIO FABBRINI MIRABETE, sem expender propriamente sua opinião, faz uma importante resenha do assunto, dizendo: “Embora a arma simulada (brinquedo, por exemplo) não configure esse instrumento, a jurisprudência predominante, inclusive no STF, com apoio na doutrina e fundamento no aspecto subjetivo do fato, tem reconhecido a qualificadora em estudo no roubo.” Aponta, a seguir, numerosos arestos que adotam esta orientação. E prossegue: “Entretanto, o fundamento da qualificadora reside no maior perigo que o emprego da arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria) tenha idoneidade para ofender a incolumidade física. Arma fictícia, se é meio idôneo para a prática de ameaça, não é bastante para qualificar o roubo. Assim pensam Fragoso e Damásio, com respaldo em orientação minoritária.” Alinha, em continuação, a indicação da jurisprudência que consagra este entendimento (Manual de Direito Penal, Ed. Atlas, São Paulo, 1986, 3ª ed., vol. 2, ps. 214 e 215).

Observa, ainda, o mesmo autor, que: “Já quanto à arma descarregada ou defeituosa, a opinião praticamente unânime é a do reconhecimento da qualificadora, acentuando-se “que, no caso, a inidoneidade para vulnerar é apenas accidental (RT 571/395). Contra: RT 565/345).” (Op. cit., p. 215)

5. Este é o quadro atual da disputa. Verifica-se que os argumentos, de parte a parte, impressionam, como impressionante é, também, o renome e a competência dos autores empenhados, sem desprezar, evidentemente, o elevado grau de cultura e de inteligência que ostentam os magistrados que decidiram em um ou em outro sentido.”

Note-se que a controvérsia acima exposta não diz respeito à relevância penal da arma de brinquedo, em si considerada. Que a arma de brinquedo ou qualquer outro simulacro de arma tem relevância penal, isso ninguém discute, porque lhe é inerente a capacidade de, simuladamente, ameaçar, intimidar, impossibilitar a resistência da vítima.

Assim, não há dúvida de que a arma de brinquedo pode ser utilizada como instrumento eficiente para a prática de qualquer crime que possa ser cometido mediante grave ameaça, inclusive o roubo.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

O que é bastante discutível é a sua idoneidade para agravar a pena de roubo.

Na jurisprudência pátria, ao menos nos Tribunais Superiores, prevaleceu a corrente subjetivista, segundo a qual para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I, § 2º, do art. 157, do Código Penal, deve-se considerar não a efetiva potencialidade da “arma”, mas o que ela representa para efeito de intimidação da vítima, com a anulação ou diminuição de sua capacidade de resistência, o que pode vir a ocorrer mesmo quando o autor do roubo emprega arma de brinquedo.

A opção pela orientação subjetivista levou esta Corte a editar o verbete de Súmula nº 174, que assim preconiza:

“Súm. 174 - No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena.”

Aparentemente pacificada a *quaestio*, ao menos no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores, eis que a velha polêmica reacende em face do advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que, em seu art. 10, § 1º, inciso II, tipifica como crime, punido com detenção de um a dois anos e multa, a seguinte conduta:

“II - utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes”.

Pois bem. Consoante advertiu o em. Ministro Felix Fischer, ao propor a revisão da súmula em referência, quase a unanimidade da doutrina penal moderna posiciona-se contrariamente ao enunciado de nº 174, por ofender vários princípios basilares do Direito Penal. E o fazem com convincentes argumentos.

Primeiramente, sustenta-se que o aumento especial de pena em razão do uso de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174) viola o princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal). É que a lei (art. 157, § 2º, inciso I, do CP) fala em arma e não em simulacro de arma, ou coisa parecida. Logo, se se tratar de um artefato que imita uma arma, a qualificadora não pode ser reconhecida. Nesse sentido, a observação de LUIZ FLÁVIO GOMES, com remissão à prestigiada doutrina, *in verbis*:

“(…) O argumento de que a ampliação do conceito de arma, *in malam partem*, viola o princípio da tipicidade vem sendo sustentado, há anos, por Damásio E. de Jesus (Direito penal, parte especial, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, 2º vol., p. 303.), que diz: “O CP somente qualifica ao delito de roubo quando o sujeito emprega arma. Ora, revólver de brinquedo não é arma. Logo, o fato é atípico diante da qualificadora”. Em síntese muito acertada, Weber Martins Batista acrescenta: “Seduzidos pela lição do notável Min. Nélson Hungria, esquecem-se alguns intérpretes que o problema não é de psicologia, mas de tipicidade. A lei não fala em

objeto capaz de intimidar, mas, especificamente, em arma, o que impede admitir como tal, por analogia *in malam partem*, qualquer objeto que não seja arma” (O furto e o roubo no direito e no processo penal, Forense, 1987, p. 234 *apud* Fernando de Almeida Pedroso, Roubo: sua consumação..., cit., p. 301). Majoritariamente grandes expoentes da doutrina brasileira (Alberto Silva Franco e outros (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 6. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 2.523.), Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (Código Penal anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 580.), Celso Delmanto (Código Penal comentado. 3. ed. Atualizada por R. Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 277.), Paulo José da Costa Júnior (Direito penal objetivo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 286.), Júlio F. Mirabete, Heleno Cláudio Fragoso (Os dois últimos foram mencionados no trabalho de Manoel Pedro Pimentel, Roubo com emprego de arma de brinquedo, cit.) sufragam o entendimento “objetivista”, sustentando que a arma de brinquedo viola o princípio da legalidade.”

(In Estudos de direito penal e processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pág. 138/139).

Por outro lado, o entendimento consubstanciado no enunciado nº 174-STJ também ofende o princípio do *ne bis in idem*, pois a intimidação da vítima mediante o emprego da arma de brinquedo já configura a “grave ameaça” que é elemento típico do roubo simples (art. 157, *caput*, ou § 1º, do CP), ou seja, a arma de brinquedo esgota a sua eficácia intimidativa na configuração do próprio injusto penal. O agente só consegue intimidar a vítima porque está empregando a arma de brinquedo. Mas vencer a resistência da vítima, mediante grave ameaça, é da essência do crime de roubo, de forma que o emprego da arma de brinquedo ou simulacro de arma não pode servir, simultaneamente, para caracterizar o roubo (em seu tipo básico) e, sem qualquer outro motivo relevante, fazer incidir a causa especial de aumento de pena previsto no § 2º, inciso I, do CP. Nas palavras de DAMÁSIO E. DE JESUS, “Aplicando-se o princípio da subsidiariedade implícita ou tácita, o emprego de arma de brinquedo ou simulacro de arma integra o roubo simples (art. 157, *caput*, ou § 1º), funcionando como meio de execução da ameaça, não incidindo a circunstância de agravamento da pena (art. 157, § 2º, I (...))” (In Crimes de porte de arma de fogo e assemelhados: anotações ... – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 53). E como adverte VALDIR SZNICK, “Usar de arma de brinquedo para mudar a tipicidade de um crime – furto para roubo – já é agravar a conduta do agente. Mas, mesmo considerando seu efeito intimidativo, não se pode, de novo (*bis in idem*) usar da mesma conduta (emprego de arma de brinquedo) para aumentar a pena.” (...)” (In Crime de porte de arma – São Paulo: Leud, 1997, p. 124). E ainda, consoante entendimento doutrinário invocado pelo acórdão recorrido, “servindo a arma de brinquedo como meio idôneo para ameaçar, sem ser “arma” na acepção legal, constituiria *bis in idem* interpretá-la como meio que também qualifica o roubo (fls. 94).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

Outro fundamento também se coloca contrariamente ao enunciado nº 174: viola o princípio da proporcionalidade da pena. No particular, a lição de LUIZ FLAVIO GOMES, op. cit. págs. 141/142, *in verbis*:

“(...) O grau de censurabilidade de um fato penalmente relevante tem por base o “desvalor da conduta” ou do “resultado” (ambos compõem o injusto penal). Um crime cometido por motivo torpe, v.g., apresenta maior reprovabilidade porque a conduta é mais desvaliosa. Uma lesão corporal culposa que implique em deixar a vítima paraplégica é mais culpável porque o resultado é mais desvalioso. Quando há uma real graduação no injusto justifica-se maior pena, mesmo porque cada um deve ser punido na medida da sua culpabilidade. No fundo, essa elementar regra, que está no art. 29 do CP, nada mais é que expressão do princípio da proporcionalidade.

Considerando que a arma de brinquedo “não denota maior risco à vítima ou periculosidade maior na conduta do agente”, nada acrescenta de peculiar relevância ao conteúdo do injusto, de tal modo a justificar qualquer agravamento especial da pena. Sendo assim, e comparando-se a arma de brinquedo com a verdadeira, o agravamento da pena em relação àquela resulta flagrantemente desproporcional.”

Não bastassem esses argumentos, é de se observar que a doutrina alienígena também é contra a equiparação indicada na Súm. nº 174, v.g.: FONTAM BALESTRA (Tratado de derecho penal, vol. V, p. 518 – Abeledo Perrot – Buenos Aires: 1969); QUINTANO RIPOLLES (Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, vol. II, p. 327, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964); SEBASTIÁN SOLER (Derecho penal argentino, vol. IV, p. 288, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires: 1953), *apud* ALBERTO SILVA FRANCO, “Arma de Brinquedo”, Rev. Brasileira de Ciências Criminais, n. 20, out/dez de 1997, p. 71/74. E ainda: VIVES ANTÓN e GONZÁLES CUSSAC (Derecho penal: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996). Finalmente, o Col. Supremo Tribunal Federal apresenta alguns julgados incompatíveis com a súmula:

“ I. Roubo: causa de aumento da pena: emprego de arma (CP, art. 157, par. 2º, I).

A corrente jurisprudencial que entende configurado o “emprego de arma” – causa especial do aumento da pena do roubo –, na utilização da arma de brinquedo, a melhor doutrina tem oposto crítica demolidora; ainda, porém, que se aceite a discutível orientação, nem ela permite divisar a referida causa de exacerbação da pena, que é puramente objetiva, na circunstância de o agente simular estar armado, mediante gesto que aparente portar o revólver sob a camisa.

II. Sentença condenatória: causa especial de aumento de pena: fundamentação necessária para a exasperação máxima.

Quando, em razão de causa especial de aumento, a lei autoriza a exasperação da pena dentro de determinados limites percentuais, a opção

pelo máximo da agravação permitida há de ser fundamentada, com base em dados concretos.

(HC 69.515/RJ, relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 12.03.93, p. 3561)

“ROUBO - UTILIZAÇÃO DE ARMA IMPRÓPRIA AO USO - EFEITOS.

A utilização de arma imprópria ao disparo ou de brinquedo não descaracteriza o tipo do artigo 155, “caput”, do Código Penal. Conforme precedente desta Corte – habeas-corpus n. 70.534-1, por mim relatado, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 1º de outubro de 1993 – apenas afasta a causa de aumento inserta no inciso I, par. 2º do artigo 157 daquele Diploma. Existência, no caso, da grave ameaça, muito embora sob a óptica da aparência, a evidenciar a violência a pessoa.

(...) OMISSIS.”

(HC 71.051/MG, 2ª Turma, relator Min. Marco Aurélio, DJU de 23.09.94, p. 25.328)

Esses argumentos, de inquestionável coerência dogmática e rigor científico, convenceram-me de que o enunciado da Súmula 174 não pode subsistir frente ao Direito Penal moderno, objetivo e humanitário, que não se coaduna com a analogia *in malam partem* ou mesmo com a interpretação analógica da norma penal com o intuito de prejudicar o réu, até porque a pena, na lição de ROXIN (Claus Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad., Sevilha, 1981, p. 23, *apud* NILO BATISTA) “é a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado”.

Ademais, uma vez que a Lei nº 9.437, de 20.02.1997, em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes (embora a aplicabilidade dessa nova tipificação também seja bastante discutível), o fato é que com ela a Súmula 174 não tem mais razão de existir.

Ante o exposto, proponho o cancelamento do verbete de nº 174 da Súmula do Tribunal e, se acolhida a proposta, voto pelo desprovimento do presente recurso especial.