

Observações sobre o crime de roubo¹

Hugo Nigro Mazzilli

Promotor Público no Estado de São Paulo

SUMÁRIO: *A)* Concurso em crimes de roubo (ns. 1/6) — *B)* Roubo e outros crimes em concurso (ns. 7/11) — *C)* Consumação no roubo (ns. 12/14) — *D)* Latrocínio (ns. 15/21) — *E)* Lesões graves no roubo (ns. 22/23) — *F)* Combinação dos parágrafos do art. 157 do CP (ns. 24/26) — *G)* Roubo de maconha (n. 27) — *H)* Arma de brinquedo no roubo (ns. 28/30) — *I)* Roubo a banco (n. 31) — *J)* Desistência voluntária (n. 32) — *L)* Roubo de uso (n. 33).

A) Concurso em crimes de roubo

1. Reiteração de fatos, com destacado intervalo temporal entre eles (por exemplo: dias, semanas ou meses):

a) vítimas diferentes. É o caso do art. 51, *caput*, do CP (concurso material de crimes). Tem-se entendido não se configurar crime continuado quando o bem jurídico ofendido pelas diversas ações diz respeito à pessoa (recurso extraordinário n. 80.548-SP, STF, DJU de 31.10.1975, p. 7.975). É o que ocorre com o roubo, onde também há uma ofensa à pessoa. A 2ª Turma do STF já se pronunciou recentemente sobre o assunto: “Inadmissibilidade de crime continuado quando o agente pratica roubos contra vítimas diferentes, ainda que os crimes tenham sido cometidos em tempo próximo, e em condições de lugar e maneira de execução idênticas” (recurso extraordinário n. 82.297-SP, DJU de 2.4.1976, pág. 2.227; *habeas corpus* n. 54.015-RJ, DJU de 9.4.1976, pág. 2.385). O Código Penal de 1969 segue esta orientação (art. 66, § 1º, alterado pela Lei n. 6.016, de 1973). O art. 51, § 2º, do CP não se aplica a roubos contra vítimas diferentes, porque a violação a bens jurídicos personalíssimos quebra e impede a semelhança de ações indutoras da continuação. No caso do roubo, o bem jurídico é necessariamente lesado na pessoa do titular ou detentor do bem. “Não é possível, tratando-se de diversas pessoas, que a lesão praticada contra uma seja continuação da cometida contra outra” (Damásio E. de Jesus, “Roubo não admite continuação”, publicado em *O Estado de S. Paulo*, ed. de 28.3.1976, p. 46). O bem

1. Artigo publicado em agosto de 1976, na Revista dos Tribunais, 490/261, e selecionado pela Editora para integrar a coletânea dos melhores artigos doutrinários publicados em obra comemorativa de seu centenário, em Edição Especial denominada “Doutrinas essenciais” (2010).

jurídico é lesado de forma descontínua. Anote-se, além disso, que o reconhecimento da continuidade delitiva se prende a um fator de equidade, apurável em concreto (cf. Manoel Pedro Pimentel, “Do crime continuado”, conclusões IV/V). A crescente criminalidade violenta; a prática de roubos com habitualidade por agentes; exigências atuais de maior defesa social — tudo isto também leva a negar a continuidade entre os roubos contra vítimas diversas, evitando-se que a pluralidade de roubos se transforme num verdadeiro ideal ou estímulo para o assaltante, visando à ulterior unificação de penas. O agente que cometesse um só roubo, seria proporcionalmente punido com muito maior rigor do que o que cometesse dois deles contra vítimas diferentes em suposta continuação. Portanto, por razões teóricas (quebra do elo objetivo de continuação nos roubos contra vítimas diversas) e por razões práticas (imperativos de defesa social), não se pode reconhecer a continuidade entre roubos com pluralidade de sujeitos passivos.

b) mesmas vítimas. Nada impede a aplicação do art. 51, § 2º, do CP, desde que há unidade de bem jurídico ofendido, há total identidade de tipo penal violado. Estando presentes todas as condições da lei (art. 51, § 2º, do CP), e nos termos da equidade (que é o fundamento do instituto), e mediante verificação nos casos concretos (posição de Pimentel), poderá ser admitida a continuidade entre os roubos contra a mesma vítima.

2. Sucessão de fatos (intervalo de horas ou instantes):

a) vítimas diferentes. Aplica-se o *caput* do art. 51. São ainda ações distintas, embora conexas (art. 76, ns. I e III, do CPP). Sua proximidade no tempo as liga, mas não lhes tira a individualidade. No fundo, esta hipótese em nada difere tecnicamente da hipótese 1-a.

b) mesma vítima. Supondo-se que os agentes roubem dinheiro de uma vítima na rua e depois voltem ao local e lhe roubem o carro, não há como se negar a continuidade, mediante as verificações apontadas no inciso 1-b.

3. Roubos simultâneos. Roubos a vítimas diferentes, no mesmo local e ao mesmo tempo, ou em imediata seqüência (caso, por exemplo, em que são roubados todos os fregueses de uma loja). Trata-se de roubos em concurso material (art. 51, *caput*, do CP). Incorre crime único, que exige unidade de ação. Pelo mesmo motivo, não é caso de concurso formal. No roubo, a ação é descrita no art. 157, *caput*, do CP. O núcleo do tipo é “subtrair”. A cada vítima da subtração, temos um roubo, porque temos uma ação de subtrair violentamente. O Código Penal (arts. 155/183) e a própria Constituição Federal (art. 153, § 22) defendem o patrimônio individual. Assim, havendo uma subtração para cada vítima, com uma intimidação coletiva (mas que atinge também cada um dos intimidados) — há vários roubos, diante da pluralidade de desapossamentos. A propósito, Nélson Hungria diz que comete roubos em concurso material o ladrão de estradas que assalta num ônibus cada passageiro (“Comentários ao Código Penal”, vol. VII/57, n. 21). O que norteia a solução é verificar a unidade ou a pluralidade de desapossamentos patrimoniais. Se há um só desa-

posse, mas há várias vítimas das ameaças ou das violências, nem por isso há mais de um roubo (Magalhães Noronha, “Direito Penal”, vol. II, n. 468). Mas se há mais de um desapossamento, há concurso material (Noronha, ob. cit., Damásio, *idem, ibidem*). Tudo isso ocorre porque cada ação (de subtrair violentamente) é composta de vários atos (de intimidação, de ameaça, de violência, de desapossamento).

Não se trata de concurso formal nesta hipótese, como afirmou Hele- no Cláudio Fragoso (“Lições de Direito Penal”, Parte Especial, 1, n. 312). O concurso for- mal (por isso que é também chamado de concurso ideal) é uma ficção da lei. “Em rigor de sistemática, seria lícito concluir que com um só desígnio, há uma só ação e um crime só, mesmo sendo diversas as infrações penais ocorridas” (Aníbal Bruno, “Comentários ao Có- digo Penal”, art. 51, § 1º). Ora, como se viu, há pluralidade de ações nesta hipótese. Não é uma ficção da lei reconhecer a pluralidade de roubos quando há várias ações, há vários de- sapossamentos patrimoniais a vítimas diversas. Aqui é uma realidade fática. Por isso é que a hipótese é de concurso real ou material e nunca ideal ou formal. Uma subtração está inte- grada em conexão à outra, mas uma não está contida na outra: são autônomas, ainda que conexas (art. 76, ns. I e III, do CPP). Não se pode olvidar que a corrente de jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal do Estado, que vem reconhecendo a continuidade de rou- bos nessa hipótese, que tal corrente também contém uma cabal contestação à tese do con- curso formal. O próprio crime continuado nada mais é que uma série de crimes em concu- rso material, que a lei une em benefício do réu (cf. Pimentel, ob. cit., conclusão VIII e capí- tulo II).

Mas seria de se cogitar em crime continuado entre roubos simultâ- neos a vítimas diversas? Não. A se aceitar aqui o crime continuado, perderíamos o critério para rejeitá-lo na hipótese 1-a. E a manter aquela solução (pela qual os roubos contra pes- soas diversas não podem ser um crime continuado), aqui também se há de negar aplicação à norma do art. 51, § 2º, do CP. Pimentel, que dispensa a unidade de vítimas para exigir tão só unidade de tipo penal violado, traz entendimento equânime ao dispositivo, mas merece a mesma refutação já trazida acima, pela qual no fundo o roubo contra uma pessoa não pode ser continuado no roubo contra outra pessoa (v. inciso 1-a).

4. Roubo a duas pessoas, com violação de um só patrimônio comum (por exemplo, a marido e mulher ou a sócios). É crime único, porque fundado numa única ação. O desapossamento é dirigido à comunhão, à sociedade; não é voltado individualmente aos parceiros. Mas, se há violação aos bens de natureza personalíssima dos cônjuges (por exemplo, anel, relógio etc.), há duas violações possessórias autônomas: há dois roubos em concurso material (apelação criminal n. 118.391, do TACrimSP).

5. Roubo com um só desapossamento e com ameaça a várias pesso- as. Sendo o roubo um crime patrimonial, a subtração se torna o núcleo do tipo. A pluralida- de de pessoas ameaçadas não pluraliza o crime, se houve uma única violação possessória. É crime único.

6. Roubo a uma só pessoa, desapossada de bens próprios e de terceiro (por exemplo, frentista do posto de gasolina, de quem é subtraído seu relógio e o dinheiro do patrão). Agora há concurso formal de crimes (art. 51, § 1º, do CP). Há uma só ação (uma só subtração), com que os agentes provocam dois resultados penalmente relevantes (dois desapossamentos patrimoniais). Não há dúvida que a lei tutela o patrimônio de cada um. Como poderia ser indiferente para o Direito a ação daquele que causou um só desapossamento patrimonial e a ação daquele que causou mais de um desapossamento? Esta hipótese (6ª) se opõe àquela (5ª) em que havia diversas vítimas das ameaças com um desapossamento. Ora, se o desapossamento norteia o reconhecimento da unidade ou pluralidade de roubos, nada mais justo que se considere mais de um roubo quando há mais de um desapossamento, ainda que com uma só vítima da violência ou da grave ameaça. É claro que aqui há um concurso ideal de crimes, não real, onde, mediante uma só ação o agente comete mais de um resultado penalmente relevante.

Se a intenção do agente for a de causar os dois desapossamentos patrimoniais (por exemplo, se ele sabe que o relógio é do frentista e o dinheiro é do posto-empresa), será o caso de se aplicar a norma do concurso formal impróprio (art. 51, § 1º, última figura, do CP), diante da pluralidade de desígnios.

Já se a intenção do agente for causar um só desapossamento patrimonial (não sabendo ele, por exemplo, que o relógio pertencia a um e o dinheiro a outro), diante da unidade de desígnio e tendo em conta a diversidade de prejuízos, há concurso formal próprio de crimes (art. 51, § 1º, 1ª parte).

Não se pode falar nesses casos em crime único pois seria olvidar a situação de cada vítima que foi prejudicada no seu patrimônio, ainda que por uma única subtração.

B) Roubos e outros crimes em concurso

7. Roubo e extorsão:

a) contra vítimas diversas. Não há dúvida de que há concurso material: se roubos contra vítimas diversas são crimes em concurso material, também roubo e extorsão contra vítimas diversas o são. Há pluralidade de ações típicas; há pluralidade de ofendidos. É de negar nesta hipótese a ocorrência de continuidade ou de concurso formal, pelos mesmos fundamentos por que é ela negada quando se trata de roubos contra vítimas diversas.

b) contra a mesma vítima (por exemplo, o agente subtrai dinheiro de forma violenta da vítima, que obriga a emitir um cheque). Embora sejam roubo e extorsão descritos em artigos de lei diversos, são previstos no mesmo dispositivo legal, ou seja, ambos contêm o mesmo preceito jurídico: em ambos, o que é reprovável, o que é punível, é o desapossamento patrimonial violento. As diferenças entre eles via de regra residem em que

no roubo o agente subtrai a coisa, enquanto na extorsão a vítima a entrega; no roubo o mal e o proveito são iminentes, enquanto na extorsão o mal é prometido e a vantagem é futura. Mas tais diferenças não alteram nem a natureza (são da mesma natureza) nem a espécie desses crimes (são da mesma espécie). Subjetivamente, em ambos há o intuito de lucro; objetivamente, em ambos há a inversão violenta da posse. Assim como dois homens não são idênticos, embora sejam da mesma espécie, roubo e extorsão não são idênticos, conquanto apresentem comum natureza e mesma espécie. Por isso se pode admitir a continuidade entre eles, presentes as condições da lei (apelações criminais ns. 119.609 e 74.413, do TACrimSP), e, com maior razão, a reincidência específica entre roubo e extorsão.

8. Roubo e furto.

a) Sempre levam à reincidência específica, pois são crimes da mesma natureza, como é orientação pacífica do STF (RT 461/457-Pleno). Objetivamente, ambos contêm uma subtração, que no roubo, apenas, é agravada ou qualificada pela violência; subjetivamente, o intuito de subtração *invito domino* é comum.

b) Podem levar ao crime continuado. Além de serem crimes da mesma natureza, são da mesma espécie, ainda que descritos em artigos de lei diversos (v. razões de Damásio E. de Jesus no recurso extraordinário n. 79.945-SP, provido pelo STF). Em ambos, o preceito jurídico é o mesmo: “não furtar”. O roubo e o furto têm o mesmo núcleo do tipo. As diferenças entre ambos são como as entre roubo e extorsão: embora lhes mantenham a individualidade, não lhes tiram a identidade de espécie. Como o furto não é crime complexo como roubo ou extorsão, pode ser cometido sem uma direta ofensa a um bem personalíssimo (como a segurança ou a liberdade da pessoa). Desta maneira, o roubo contra uma pessoa em tese pode ser a continuação do furto contra outra (desde que verificadas em concreto as condições do art. 51, § 2º, do CP). Já se reconheceu continuidade entre furto e roubo (RT 461/392).

c) Distinção entre roubo e furto. Consiste esta no emprego de violência ou de grave ameaça, que têm de ser aferidas em concreto, levando-se em conta a situação da vítima. A violência pode consistir em vias de fato; pode consistir até em tolher a defesa da vítima, ainda que sem lesá-la.

Tem ocorrido nos grandes centros urbanos um expediente criminoso, conhecido como “trombadinha” (enquanto um agente dá um esbarrão ou empurrão na vítima, outro lhe subtrai algo). Este será roubo quando houver emprego de força física contra qualquer parte do corpo da vítima (empurrão, murro, aperto no braço etc.). Mas se a subtração ocorrer sem que os agentes toquem no corpo da vítima, sem que a molestem fisicamente, impossibilitando-lhe ou dificultando-lhe a defesa — o caso será de furto.

9. Roubo próprio e impróprio.

O mesmo roubo não pode ser ao mesmo tempo próprio e impróprio. Ou a violência é concomitante ou anterior à subtração (e o roubo é próprio); ou a violência

é posterior à subtração (e o roubo é impróprio). Se há violências antes, durante e depois da subtração, temos que as violências antes e durante a subtração integram o roubo próprio; mas as violências posteriores à subtração não são subsumidas nem consumidas pelo roubo próprio anterior. E isto porque já estipulamos a lógica premissa de que o roubo — enquanto uma só ação, um só crime, um só fato — não pode ser ontologicamente próprio e impróprio ao mesmo tempo. As violências posteriores ao roubo próprio são crime autônomo (por exemplo, resistência, seqüestro, lesões corporais etc.). A não ser assim, estar-se-ia assegurando impunidade aos agentes por tudo quanto de violência pudessem fazer depois de consumado um roubo próprio. As violências não imediatas às subtração não caracterizam roubo: são crimes autônomos (RT 451/386).

10. Roubo e resistência. Roubo e lesões.

O roubo próprio consumado pode concorrer materialmente com o crime de resistência, de lesões ou até mesmo de constrangimento ilegal etc. “A resistência que se seguiu ao roubo próprio não se insere na violência do tipo nem pelo princípio da consumação, nem da subsunção” (apelação criminal n. 102.501, do TACrimSP): é crime autônomo.

Se, porém, o roubo é impróprio, as violências posteriores à subtração obviamente estão consumidas no tipo, desde que imediatas à subtração (RT 474/296), pois são violências que já irão qualificar a subtração anterior. Mediando sensível espaço de tempo entre elas e a subtração, não são absorvidas pelo roubo: serão delito autônomo.

11. Roubo e seqüestro.

Quando o roubo é próprio e já está consumado, a desnecessária (desnecessária para a consumação do roubo) e independente (independente para a perfeição do tipo) privação da liberdade da vítima de maneira relevante e determinada, é crime autônomo. O seqüestro seria subsidiário ou acessório com relação ao roubo se estivesse nele consumido ou subsumido. Como não é o seqüestro nem momento nem condição do roubo próprio, é crime independente (apelações criminais ns. 125.587, do TJSP, 125.989, do TJSP, 126.814, do TJSP).

C) Consumação no roubo

12. Roubo próprio. A posição do STF é a de que o roubo próprio se consuma com a subtração da coisa mediante violência ou grave ameaça. Não é necessário o locupletamento do agente para a perfeição do crime (*habeas corpus* n. 53.495-SP, DJU de 19.9.1975, pág. 6.734; RT 453/442; RT 478/334).

13. Roubo impróprio. A consumação ocorre com o emprego de violência posterior à subtração. Não pode ser tentado (RT 453/436-443). Pressupondo a subtração (art. 157, § 1º, do CP) e havendo emprego de violência, está consumado o crime. Se houver tentativa de subtração com posterior emprego de violência, haverá latrocínio (se

resultar morte); haverá a figura do art. 157, § 3º, 1ª parte (se resultarem lesões graves); haverá furto tentado em concurso material com as penas da violência (se não resultar nem lesão grave nem morte). O que não se terá é tentativa de roubo impróprio.

14. O flagrante não obsta à consumação do roubo, desde que já tenha havido a subtração e o emprego de violência (apelação criminal n. 110.419, do TACrimSP, RT 453/436, 478/334). Também a prisão em quase-flagrante não elide a consumação do delito. A disponibilidade da coisa subtraída; a inversão da posse; a retirada da coisa da esfera de vigilância e proteção da vítima ainda que por breve período — fazem consumado o roubo próprio. Se a prisão não se deu em virtude de efetiva perseguição e com disputa da coisa; se ocorreu graças à busca bem sucedida ou por qualquer motivo fortuito — também está consumado o crime. Há algumas peculiaridades na consumação do roubo que inexistem na do furto. Neste a subtração geralmente é *clam et occulte*; no roubo a subtração é contra a vontade evidente, efetiva da vítima (possuidor ou detentor da coisa presente ao ato). Quando o agente do roubo vence a resistência efetiva da vítima, torna *ipso facto* consumado seu crime, pois ocorre inversão violenta da posse (arts. 493, ns. I e II, 520, n. IV, do CC). Quando o autor do roubo vence a posse da vítima inegavelmente vence sua vigilância efetiva e real (e não presumida) sobre a coisa; vence e exclui a disponibilidade da vítima; vence e exclui a custódia da coisa pela mesma. Ele é que pode dispor da coisa, pelo fato de que a tomou violentamente da vítima; a vítima é que dela não pode dispor, já que a cedeu contra sua vontade efetiva.

D) Latrocínio

15. Morte consumada, subtração consumada. Trata-se de latrocínio consumado, pois o tipo está perfeito neste caso (art. 157, § 3º, última figura, do CP).

16. Morte consumada, subtração tentada. É caso de latrocínio consumado. Ao cuidar do roubo, o legislador estipula que, se da violência resultar morte, o roubo é qualificado (art. 157, § 3º). Para a perfeição deste tipo, é necessário que, com o fito de subtrair (pois a hipótese é de roubo), haja violência de que resulte morte. Por uma exceção da lei, dentro do roubo, a consumação se liga à morte e não à subtração. É a posição da jurisprudência (RT 479/301, 467/323, 451/388 etc.) e é a posição do Código Penal de 1969 (art. 168, §§ 4º e 5º, alterado pela Lei n. 6.016, de 1973).

17. Morte tentada e subtração tentada. Há latrocínio tentado. Nos termos do art. 12, n. II, do CP, houve início de execução de um tipo, que não se perfez por circunstâncias alheias à vontade do agente. Não se há de cogitar de homicídio qualificado, uma vez que o dolo é de roubar, específico; o tipo que foi tentado foi o do art. 157, *caput*, combinado com o § 3º; uma vez que a violência que visa à morte já é início de execução do roubo.

18. Morte tentada e subtração consumada. Há tentativa de latrocínio. Partindo da premissa de que o latrocínio se consuma com a morte, conhecido o escopo do

agente de subtrair (ns. 15/6), quando há subtração consumada e morte tentada, temos tentativa de latrocínio. Se o latrocínio se consuma apenas com a morte, não havendo morte o tipo complexo do latrocínio não se perfaz. Não se pode falar em tentativa de homicídio qualificado, uma vez que é conhecido o escopo do agente (de roubar); uma vez que ele já ingressou na tipicidade do art. 157 do CP (iniciando a subtração violenta). O tipo que ele feriu foi o do art. 157, *caput*, combinado com o § 3º, e art. 12, n. II, do CP, pois a violência que causa morte é começo da execução do roubo, ou fase de execução deste (Magalhães Noronha, “Direito Penal”, II, n. 253).

Não se é de exigir que morte e subtração fiquem na fase tentada para se considerar a única forma de tentativa de latrocínio (as hipóteses 17/18 desmentem essa regra). Se a morte é indispensável para a perfeição do tipo, por exigência da lei (última parte do § 3º do art. 157), não menos certo é que o latrocínio, conquanto complexo, pode ser tentado desde que iniciada a execução do tipo, seja pela morte, seja pela subtração (exatamente porque é complexo).

19. Morte de terceiro que não foi vítima da subtração. Como já ficou claro que o importante para verificar a unidade ou pluralidade de roubos é a quantidade de desapossamentos patrimoniais — no caso de haver morte de terceiro, e roubo contra uma vítima, só há um latrocínio, e não roubo mais homicídio. É que não importa para a perfeição do roubo que a violência seja dirigida especialmente contra a vítima da subtração: pode ser dirigida contra terceiro, que esteja também presente (RT 474/289). A violência contra terceiro também pode estar inserida na linha típica do roubo: se um dos ofendidos (que não a vítima da subtração) resolve reagir em defesa da vítima da subtração ou em reação à ameaça que também a ele é dirigida — e é morto — tal morte qualifica o roubo, nos termos do art. 157, § 3º, do CP, pois a lei não distingue de quem seja a morte resultante do crime. Poderá até ser a de um dos próprios partícipes do roubo (desde que não causada pela vítima ou por alguém em sua defesa) se provocada por um dos co-autores do delito. A norma do art. 157, § 3º, do CP é um acréscimo de reprovabilidade à atuação do agente; mas a morte de um dos co-partícipes, provocada pela vítima ou por terceiro em legítima defesa ou estrito cumprimento de dever legal ou em estado de necessidade, é um ato jurídico, que não pode qualificar ou agravar o crime do agente. Apenas a morte antijurídica e provocada por um dos co-autores do roubo é que qualifica o crime: é a esta morte que se refere o § 3º do art. 157 do CP. Pelas mesmas razões não qualifica o roubo a morte de terceiro (nem vítima nem assaltante) provocada eventualmente pela vítima ou pela Polícia, em luta contra os assaltantes, quando houver *aberratio ictus* (RT 459/325). É sempre necessário que a morte (seja da vítima, seja de terceiros, seja dolosa, seja resultante de dolo eventual; seja até resultante de erro na execução) provenha de um dos cúmplices do roubo, para agravar o crime.

20. Morte de duas pessoas, numa só subtração. Há um só latrocínio: não se trata de dois latrocínios, com um só desapossamento. Como se viu, pela quantidade de desapossamentos se afere a quantidade de roubos. A quantidade de mortes (equiparável

à quantidade de pessoas feridas ou ameaçadas numa única subtração) não plurifica o roubo: apenas deve ser levada em justa conta nos termos de conseqüências e circunstâncias do crime, na fixação da pena (art. 42 do CP).

21. O § 3º do art. 157 do CP se aplica também à hipótese do roubo impróprio. No caso, não se faz incidir a norma do § 1º sobre a do § 3º, mas do contrário, em interpretação sistemática da lei (RT 451/360, n. 3). Para qualquer tipo de roubo, de que resulte morte, há aplicação da norma do § 3º do art. 157, que se refere certamente a todas as figuras de roubo.

E) Lesões graves no roubo

22. A pena mínima do roubo de que resultem lesões graves é de cinco anos de reclusão, além de multa. A pena mínima do roubo qualificado pelo § 2º do art. 157 é de cinco anos e quatro meses de reclusão, além de multa. Ora, se a lesão grave for causada por agentes armados ou em concurso, não é justo que a pena mínima no caso seja fixada aos agentes (art. 157, § 3º, 1ª parte, do CP). Nos termos do art. 42 do CP, na individualização da pena, diante das circunstâncias do crime, o juiz há de ajustá-la acima do mínimo, se, além de resultar lesão grave, tiver havido concurso de agentes ou emprego de arma na subtração.

23. As hipóteses de lesão grave consumada com subtração tentada; lesão grave consumada com subtração consumada; lesão grave tentada com subtração tentada; lesão grave tentada com subtração consumada — merecem os mesmos critérios de solução empregados nas hipóteses 15/18.

F) Combinação dos parágrafos do art. 157 do CP

24. Combinação do § 3º com o § 1º (v. n. 21).

25. Combinação do § 2º com o § 1º. Sistemáticamente, é possível aplicar as qualificadoras do concurso de agentes, emprego de arma etc., sobre o tipo do roubo impróprio. O § 2º, seguindo e explicitando o *caput*, e o § 1º, há de referir-se a eles.

26. A aplicação do § 2º sobre as figuras do § 3º, porém, se me apresenta indevida. O § 3º cuida de hipóteses qualificadas por si. A pena já é exacerbada adequadamente e, corrigida eventual distorção já anotada no n. 22 acima, não há razão para impor no § 3º o aumento do § 2º, mesmo porque sistemáticamente o § 2º não pode se referir ao § 3º, que o sucede e a que ele não faz menção (apelação criminal n. 109.945, do TA-CrimSP).

G) Roubo de maconha

27. É roubo a subtração violenta de maconha ou de outros entorpecentes, que têm valor patrimonial (apelação criminal n. 125.909, do TACrimSP), sendo

comercializados entre viciados e traficantes. Tais coisas podem ter até dono em condições legais (por exemplo, para fins médicos etc.).

H) Arma de brinquedo no roubo

28. O emprego de arma de brinquedo qualifica o roubo, já que tem idoneidade intimidativa (recurso extraordinário n. 80.037-SP, STF, DJU de 4.4.1975, pág. 2.049; RT 467/371, 460/364 etc.). O emprego de arma qualifica o roubo mesmo que a arma não seja usada, mesmo que não possa ser usada e a vítima não o saiba. Com a arma, nessas condições mais facilmente se vence a resistência da vítima: é necessária uma proteção maior da lei à pessoa despojada de seus bens por uma ameaça de arma cuja eficácia não pode ela querer testar. Se o agente, com a arma, efetivamente ferir a vítima, tal lesão integrará o roubo e deverá ser levada à conta de conseqüências do crime (art. 42 do CP). Mas, se não a ferir, mais se percebe a independência da eficácia ou não da arma na caracterização da qualificadora do § 2º, n. I, do art. 157 do CP. Mais se percebe, daí, a importância da idoneidade intimidativa da arma.

29. O emprego de arma descarregada, pelos mesmos fundamentos do inciso anterior, qualifica o roubo.

30. A simulação do emprego de arma também qualifica o roubo, pelos mesmos fundamentos (n. 28). Se importa a idoneidade intimidativa da arma e não sua eficácia vulnerante, a simulação da posse de arma permite a aplicação da qualificadora. Quem põe a mão dentro da roupa e finge estar armado, ou apóia um objeto nas costas da vítima — em tese está evidentemente em condições de intimidá-la como se estivesse armado: não seria exigível que a vítima pudesse ou devesse verificar a existência e a eficácia da arma. A efetividade da intimidação será verificada em concreto. É possível que a vítima se sinta tão intimidada como se o agente realmente estivesse armado; tão intimidada como se o agente estivesse com uma arma de brinquedo ou descarregada e ela não soubesse disso. Os fundamentos comuns autorizam conclusão comum: a simulação do emprego de arma também qualifica o roubo (art. 157, § 2º, n. I, do CP).

I) Roubo a banco

31. Com o advento do Decreto-lei n. 898, de 1969, os roubos cometidos daí por diante a bancos, independentemente da motivação, são de competência da Justiça Militar (RTJ 64/299; RT 473/315, 464/439 etc.).

J) Desistência voluntária

32. Se o agente pretende roubar a vítima, faz a intimidação, mas na hora da subtração vê que ela tem pouco dinheiro e voluntariamente se recusa a subtrair tal importância, ou desiste voluntariamente por qualquer motivo, ainda que torpe, da subtração — não pode responder pelo roubo tentado (v. art. 13 do CP). É que ele, podendo subtrair o

pouco, ou podendo consumir o crime, não o fez. Não havia impossibilidade de consumação; nem houve interferências alheias à sua vontade (por exemplo, gritos da vítima, surgimento de terceiros). Só será de se apurar, se for o caso, a ameaça ou a violência, se já feitas.

Já, porém, se a vítima não tinha dinheiro ou valor algum, a impossibilidade de consumação é absoluta e decorre de circunstância alheia à vontade do agente. É ele obrigado a desistir da subtração contra sua militante vontade e não é caso de tentativa punível.

L) Roubo de uso

33. É o roubo de uso tão típico, tão antijurídico, tão culpável como qualquer outro roubo. Não importa a intenção de o agente subtrair para ficar ou subtrair para usar; em ambas há a criminoso subtração para si. O uso da coisa é um dos poderes inerentes à propriedade, da qual o agente se investe, cerceando indevidamente o direito patrimonial da vítima. A se admitir, para argumentar, que o roubo de uso não seria crime — a consumação de qualquer roubo deixaria de ocorrer no momento da subtração (v. ns. 12/14) para se prostrar estranhamente até o momento em que se pudesse provar que a intenção do agente era de ficar definitivamente com a coisa. Na prática, quantos roubos não se consumariam; horas, dias, meses ou anos depois, poderia vir o assaltante a dizer que ia devolver a coisa, que somente a queria usar. A efetiva apropriação do bem pelo agente, o efetivo uso do mesmo, no caso do roubo, sequer são relevantes: mesmo que o crime pudesse não estar exaurido, estaria consumado como se viu nos incisos 12/14 acima.

É certo que o futuro Código Penal de 1969 sancionou pela primeira vez de forma à parte o furto de uso. Por que o fez? Porque se não o sancionasse tal fato seria atípico? Ou é porque se não o sancionasse mais brandamente, em norma especial, tal fato seria um furto comum? Tenho que a segunda alternativa é justa. Verificando que o agente que furta para usar e depois devolve a coisa na mesma situação ao dono, comete ação — conquanto típica — de menor reprovabilidade social do que aquele que furta para ter em definitivo a coisa — o futuro Código Penal passou a punir tal ação menos gravemente que um furto comum (arts. 164/165 do CP de 1969, alterados pela Lei n. 6.016, de 1973). Mas os mesmos fundamentos de equidade que motivaram o legislador a inserir no futuro diploma penal uma norma abrandando a situação do agente que furta para usar — não o entusiasmaram a atenuar em nada a pena do que rouba para usar. Embora excepcionando a figura do furto com a norma do furto de uso, não houve norma semelhante para os crimes de roubo. Assim, não há roubo de uso no futuro Código Penal. E novamente se faça a pergunta: é porque tal fato é atípico ou porque tal fato é roubo comum? É evidente que é porque tal fato é crime comum. Não teria o mínimo sentido ético que a futura norma penal cuidasse de reprová-lo o furto de uso e se esquecesse de reprová-lo o roubo de uso, de muito maior culpabilidade e antijuridicidade. A conclusão que se tira é a de que o futuro Código

preferiu manter o roubo de uso (e por que não a extorsão de uso, o latrocínio de uso etc.?) como delito não privilegiado.

Os fundamentos eqüitativos que levaram o julgador e o legislador a admitirem o furto de uso, ainda que com penas brandas — inexistem na hipótese de roubo, de grande reprovabilidade social. A tese do roubo de uso, embora acolhida em alguns julgados (RT 474/348, apelação criminal n. 97.785, do TACrimSP) foi afluada, mas minoritariamente, no julgamento de um recurso extraordinário no STF (RTJ 74/308).

É muito comum, nos grandes centros, o roubo de automóvel para ser usado em outros assaltos e depois abandonado. Todos esses delitos seriam impuníveis em tese, a se admitir a figura do roubo de uso (que, diga-se, não tem vingado no foro paulista). Ademais, no caso específico da subtração de veículos, há sempre o consumo do óleo e gasolina; há o desgaste das peças; há o abandono do mesmo em local fora da vigilância da vítima — tudo isso caracterizando um prejuízo patrimonial injusto e definitivo para a vítima.

A maior gravidade da ação do roubo, a maior temibilidade do agente, a maior reprovabilidade do comportamento, os interesses de defesa social — tudo desaconselha deixar de punir o roubo de uso, tudo desaconselha fazer do roubo de uso um crime privilegiado. Roubar para usar é tão criminoso como extorquir para usar, cometer latrocínio para usar a coisa.