

## DO ROUBO E DA EXTORSÃO

---

### **ROUBO**

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I – *(revogado expressamente pela Lei nº 13.654 de 23 de abril de 2018)*;

II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III – se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; *(Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)*

V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. *(Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)*

VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. *(inserido pela Lei nº 13.654 de 23 de abril de 2018)*

VII - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca; *(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços)

*(inserido pela Lei nº 13.654 de 23 de abril de 2018)*:

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

§ 2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.

*(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

§ 3º Se da violência resulta:

I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;

II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.” *(Redação dada pela Lei nº 13.654 de 23 de abril de 2018)*.

## 1 INTRODUÇÃO

Fragoso<sup>1</sup> apontava que “no antigo Direito Romano, foi o roubo tratado e punido como furto”, sendo que posteriormente se reconheceu uma especialidade deste, para elevar a pena até o seu quádruplo.

Bitencourt<sup>2</sup> refere que no direito germânico “a violência empregada em sua execução era o fator preponderante” para sua incriminação, enquanto que, no direito romano, a maior gravidade se associava à duplicidade da ofensividade jurídica.

Foi o direito alemão que fixou definitivamente a diferença conceitual entre roubo e furto.<sup>3</sup>

No âmbito das Ordenações Filipinas havia o Título 61 do Livro V, que cuidava dos que tomam alguma coisa por força, prevendo pena de morte natural para subtrações superiores a 1.000 réis, estabelecendo a pena do furto para as hipóteses inferiores a 1.000 réis, excetuada a punição de cavaleiros, quando a subtração forçada fosse de mantimentos. Estabelecia-se, ainda, uma agravante para o crime perpetrado em caminho ou no campo, onde certamente a vigilância estatal seria inferior.

O que se destaca da incriminação das ordenações é o fato de não distinguir entre as formas de violência, nem se esta era dirigida contra pessoa ou coisa.

O Código Penal do Império, em seu art. 269, estabelecia o crime de roubo que consistia justamente em furtar, praticando violência à pessoa ou às coisas. Com isso, deixava claro não distinguir entre a violência perpetrada contra pessoa ou objeto, bem como a relação entre o roubo e o furto, que consistia simplesmente na adição da violência.

O Código Penal da República, de 1890, não logrou superar as dificuldades da definição do diploma imperial, porquanto mantinha, na incriminação, tanto a possibilidade de violência à pessoa quanto o emprego de força contra coisa, tudo no art. 356.

Nos artigos seguintes, tratava de definir o que seria violência à pessoa e violência contra a coisa, especificando ainda algumas agravantes.

A definitiva adoção de um perfil que separa a violência contra a pessoa das hipóteses de violência contra a coisa, assumindo somente a primeira como modalidade de roubo, e, ainda, adicionando à violência as hipóteses de grave ameaça ou de outra situação semelhante, somente vieram à luz no Código Penal de 1940.

Nas últimas décadas, foram inseridos vários dispositivos consistentes em alterações relativas a circunstâncias específicas do roubo, invariavelmente promovendo o incremento punitivo, quer seja pela adição de novas modalidades de roubo, quer seja pelo aumento da própria carga penal. Alterações nesta direção foram promovidas nos anos de 1996, 2016, 2018 e 2019.

## 2 DO BEM JURÍDICO

O crime de roubo é complexo,<sup>4</sup> pois cuida da violação a mais de um bem jurídico. Além

---

· FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I, p. 205.

· BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 99.

· Cf. FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. I, p. 205.

· BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 100.

do patrimônio, o tipo penal também castiga a violação da liberdade ou da integridade física.<sup>5</sup>

Há quem sustente a existência de um bem jurídico *imediato*, representado pelo patrimônio, referindo-se a que os demais bens jurídicos são violados pela prática do roubo apenas a nível *mediato*.<sup>6</sup>

Conquanto o legislador tenha escolhido o Capítulo dos Crimes contra o Patrimônio para incluir o roubo, dando quiçá a tônica do que era o objeto principalmente visado com a incriminação, não parece existir uma relação de *imediatez* ou *mediação*. A prática do roubo revela, inclusive, em sua forma própria, uma agressão antes à liberdade ou à integridade física, para depois surgir a agressão ao patrimônio. Pode-se dizer até mesmo que a violência, moral ou física, é verdadeiro meio de atingir o patrimônio.

Assim, pode-se admitir que o legislador de 1940 tinha por foco principal a violação ao patrimônio, mas isso não significa propriamente que este seja o bem jurídico imediato. Mais ainda, uma leitura consentânea com os princípios que regem um Direito penal próprio de um Estado social e democrático de direito implicaria necessária inversão na ordem dos bens jurídicos a que se refere o artigo.

Sendo o patrimônio um dos focos da incriminação, evidentemente o sujeito passivo será o proprietário do bem, mas também o são os titulares do bem jurídico liberdade ou do bem jurídico integridade física que eventualmente sofram a violência do autor.

É muito comum que a doutrina<sup>7</sup> aponte como vítimas as mesmas que o furto; no entanto, há aqui uma grande diferença em relação ao furto justamente pela multiplicidade de bens jurídicos abarcados pelo roubo. Enquanto no furto o que é atacado é só o patrimônio e, portanto, a afetação direta é da propriedade, no roubo, não. Quem porta o objeto roubado pode não ser o proprietário, no entanto, pode ser quem sofre a violência ou ameaça, constituindo-se, também, em vítima.<sup>8</sup>

As sucessivas alterações legislativas que foram inseridas sob a forma de especiais aumentos de pena trataram de inserir algumas especialidades relativas aos bens jurídicos. Assim, quando se trata da modalidade do art. 157, § 2º, inciso IV, aparentemente há um desvalor acrescido em função de uma afetação à capacidade estatal de recuperação da *res furtiva*; no caso do art. 157, § 2º, inciso V, a liberdade da vítima e no caso do art. 157 § 2º-A, inciso II e art. 157, § 2º-B, a incolumidade pública.

### 3 DAS MODALIDADES DE TIPOS DE AÇÃO

O tipo de ação do roubo constitui uma hipótese de *crime famulativo*,<sup>9</sup> ou seja, trata-se da

---

· Cf. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 795-796.

· Nesse sentido, FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 795.

· Por exemplo, FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. I, p. 206;

· Nesse sentido, originalmente NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 246, também BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 100-101.

· A expressão é utilizada por Hungria, para definir delitos que fundem, em sua definição jurídica, outros enunciados delitivos. Cf. HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 57.

fusão entre outros dois delitos: o furto e o constrangimento ilegal ou a lesão corporal leve.

Trata-se evidentemente de furto com violência física ou moral ou atitude equivalente, contra a pessoa, a ponto de haver a menção doutrinária<sup>10</sup> a que não seria “nenhum paradoxo científico-dogmático se o legislador optasse pela criação de uma qualificadora especial do crime de furto, cominando-lhe a sanção correspondente à violência à pessoa”.

O núcleo do tipo é o verbo *subtrair*. A essência do crime é, portanto, a realização de uma redução do patrimônio alheio.

Em seguida aparece a prática de um ato violento. A violência aqui pode ser física, consistente em lesões corporais ou vias de fato (*vis absoluta*), ou psíquica (*vis compulsiva*).<sup>11</sup>

Ademais, a violência pode ser imediata, praticada contra o próprio detentor ou proprietário da coisa, ou mediata, voltada contra outra pessoa.<sup>12</sup>

A violência física é a representada por lesões leves (art. 129, *caput*, do Código Penal) ou vias de fato (art. 21 da Lei de Contravenções Penais), pois, se as lesões forem graves, o crime pode ser o de latrocínio (art. 157, § 3º), constituindo crime comissivo.<sup>13</sup>

A violência física ou coação moral e imposta não precisa ser irresistível, bastando que seja idônea aos fins pretendidos.<sup>14</sup> Há necessidade de que a violência seja tal, que impeça uma atitude defensiva da vítima.

Assim, os casos dos chamados *cavalos doidos*, nos quais ocorre apenas o choque de corpos provocado para dirigir a atenção da vítima para outro lado, enquanto se pratica subtração, caracterizam o furto,<sup>15</sup> muitas vezes qualificado pela destreza; em contrapartida, o arrebatamento da coisa das mãos do proprietário, abruptamente, que provoque lesões, mesmo que leves ou vias de fato, constitui, indubitavelmente, roubo.<sup>16</sup>

A ameaça, por sua vez, pode ser justa ou injusta,<sup>17</sup> bastando que seja grave, ou seja, que

---

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 101.

- Cf. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 796.

- TELES, Nei Moura. *Direito penal. Parte Especial II*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 371.

- Bitencourt discorda, sustentando ser possível a realização da conduta violenta na forma de omissão imprópria e dá como exemplo o ato de privar a vítima de saciar sua fome ou sede visando constrangê-lo a admitir a superação patrimonial (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 102). Parece difícil, no entanto, estabelecer qual a posição de garante que poderia justificar o caso. Se for uma pessoa dependente de outra para a própria alimentação, dificilmente não será também igualmente dependente no plano econômico, de modo que tornaria desnecessária uma ameaça, quando não, poderia consistir em outra espécie delitiva.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 103.

- Idem, ibidem.

- Nesse sentido, TELES, Nei Moura. *Direito penal. Parte Especial II*, cit., p. 371.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 103. Em sentido contrário, afirmando que a ameaça deve ser injusta, ESTEFAM, André. *Direito penal. Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 388.

possua capacidade de intimidar, segundo um critério subjetivo,<sup>18</sup> ou seja, de acordo com o que sente a vítima.

A doutrina<sup>19</sup> costuma exigir várias qualidades a respeito da ameaça para sua configuração, a saber, que seja o prenúncio de um mal determinado, verossímil, iminente, inevitável e dependente da vontade do criminoso. Efetivamente, o mal anunciado deve revestir-se da maioria dessas características, sob pena de não poder ser qualificado como *grave*. Exceto no que refere à iminência. Isso porque não se pode afirmar que uma ameaça longeva e inevitável perca sempre a sua força coatora.

A expressão *mediante* quer traduzir através de que, com o emprego, ligando a violência e a subtração. Ou seja, fica claro que a expressão de sentido do tipo de ação deve corresponder à prática de uma violência ou grave ameaça, ou outra fórmula de execução, que visem permitir a realização da subtração.

É necessário, portanto, o emprego do instrumento violento ameaçador, ou de outra ordem, que impeça a vítima de reagir à subtração. O proveito de situação de falta de resistência preexistente não caracteriza o roubo. É roubo ministrar sonífero à vítima para conseguir a subtração, mas não é subtrair aproveitando-se de que ela dorme.<sup>20</sup>

A violência ou grave ameaça, porém, são elementos meramente exemplificativos, seguidos de uma cláusula generalizadora contida na expressão: “ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”.<sup>21</sup>

Trata-se da mesma fórmula utilizada em algumas das situações qualificadoras do homicídio, que permitem a interpretação analógica.<sup>22</sup> O que se quer representar são todas as situações que, tal qual a violência ou a grave ameaça, impeçam a possibilidade de resistência da vítima à subtração do seu patrimônio. Por exemplo, desde soníferos, anestésicos, hipnose etc., até mesmo a dissimulação dos réus, fazendo-se passar por

---

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 103.

- Nesse sentido ESTEFAM, André. *Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 388; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 103.

- De modo similar, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 106; também GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 81.

- O Código Penal espanhol, comparativamente, utiliza uma descrição diversa do roubo em seu art. 237, admitindo a violência praticada contra a coisa e também às pessoas, além da ameaça às pessoas, mas não contempla a causa generalizadora. Embora isso possa significar um recorte em algumas hipóteses de roubo, converte, também, certos furtos (por exemplo, mediante arrombamento) em roubo. Inclusive, o art. 238 descreve como roubo quase todas as formas do nosso furto qualificado.

- O caso é claramente de interpretação analógica que, ao contrário da analogia não é vedada em matéria penal incriminadora. Em sentido contrário, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 105, afirma ser vedada a interpretação analógica e, no caso do art. 157, afirma que o que existe é uma *fórmula genérica* e não uma *interpretação analógica*. A nosso sentir, são ambas as coisas. O uso de uma *fórmula genérica* (instrumento) faz com que a identificação do elemento que complementa o tipo se dê por *interpretação analógica* (método). Portanto, enquanto a expressão interpretação analógica designa um método, a *fórmula genérica* é um mero instrumento técnico, podendo perfeitamente coexistir com aquela, ao contrário do que afirma Bitencourt.

policiais.<sup>23</sup>

A subtração é, tal qual no furto, de coisa alheia móvel.

A coisa móvel é aquela suscetível de deslocamento e não o conceito civil do que é móvel ou imóvel. Assim, são coisa móveis, por exemplo, as casas ancoradas ao fundo do rio, em Manaus, os barcos e os *trailers*.

Importa que a coisa tenha algum valor econômico, no entanto, se esse valor é irrisório, por si só isso não significa a atipicidade, nem há aplicação direta do princípio de intervenção mínima.

Acontece que o caso é de um crime complexo e existe simultaneamente uma aflição ao patrimônio e uma aflição à integridade física ou à liberdade.

Caso uma dessas agressões seja grave o suficiente para justificar a intervenção jurídico-penal, o crime de roubo resta configurado e em sua integralidade. Somente será possível reconhecer a atipicidade material do fato se, por exemplo, a violência for somente traduzida por uma via de fato consistente em arrebatamento e o objeto for de valor ínfimo. Do contrário, ou seja, havendo lesões corporais, o bem jurídico integridade física terá sido atingido já a um nível intolerável, de tal modo que não se permite a exclusão da seara penal.

Nos casos de ameaça, ainda menos, porque existe uma elementar normativa do tipo consistente na expressão *grave*, que traduz um nível de intensidade diferenciado a ponto de afastar completamente a possibilidade de reconhecimento do princípio de intervenção mínima. Caso a ameaça não seja grave e o bem jurídico tampouco tenha expressão econômica, a hipótese será de atipicidade, porém, atipicidade formal, por ausência do elemento *grave* que define a ameaça.

Ao desaparecer a agressão, poderia sobrar responsabilidade por um crime de furto, que não ocorre, aí sim, por atipicidade material.

O elemento alheia é um elemento normativo do tipo que traduz a propriedade de terceiro que não o agente ou aquela pessoa para quem se destina a subtração.

Como elemento do tipo de ação ainda aparece a expressão *para si ou para outrem*, que traduz o ânimo de assenhoreamento definitivo. A doutrina tradicional aponta para esse elemento como elemento subjetivo do tipo, o que não é de todo equivocado nem contraria diretamente a noção de que ele faz parte do conceito. A única diferença marcada, na concepção aqui assumida, é que esse elemento compõe o conceito do crime de tal modo que ilustra a pretensão conceitual de relevância da norma incriminadora do roubo em face da ação concreta, e deve ser identificado circunstancialmente, a partir da transmissão de sentido da norma indicada, com todos os seus elementos conceituais. Portanto, sua relação não se estabelece pela ocupação do mesmo plano jurídico que o dolo, porque este não faz parte da expressão conceitual do tipo.

É importante destacar que não existe, ao contrário do furto, a situação de impunidade caso a subtração não se dê *para si ou para outrem*, mas sim para usar e devolver, ou seja, não existe *roubo de uso*. Isso porque o crime complexo é uma ofensa a mais de um bem jurídico, razão pela qual, à falta do elemento especializante do roubo, remanescem os crimes de constrangimento ilegal, lesões corporais ou homicídio consumados.<sup>24</sup>

### 3.1 O roubo impróprio

---

<sup>23</sup> Assim, em STJ RE 118657-PR – Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, j. em 17/02/1998.

<sup>24</sup> Nesse sentido, GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 83.

No roubo impróprio, previsto no art. 157, § 1º, do Código Penal, há uma inversão dos elementos do tipo, ocorrendo antes a subtração, para posteriormente surgir a violência ou a grave ameaça, com o propósito de garantir a detenção da coisa para si ou para terceiro, ou, ainda, assegurar a impunidade do fato criminoso.

São exemplos de roubo impróprio o do autor da subtração de bens de uma residência que, ao sair, depara-se com a vítima que chega e a agride para lograr a fuga; ou daquele que percebe ter sido visto pela vítima, saindo de seu automóvel, de posse do *CD Player*, e aguarda a chegada desta para ameaçá-la de morte, caso resolva acionar a polícia.

Discussão importante se trava na questão da relação de tempo entre a violência e a subtração. Exige-se, obviamente, a imediatidade entre a violência empregada e a subtração, de tal modo que se possa discernir o sentido de uma pretensão de garantir o assenhoreamento da coisa ou a impunidade do crime, no mesmo contexto da subtração. Há quem sustente<sup>25</sup> que a relação de tempo deve ser equivalente às hipóteses de flagrante previstas no art. 302 do Código de Processo Penal.

É importante notar que no roubo impróprio os meios de realização são apenas a violência ou grave ameaça, sem figurar a expressão generalizante, e qualquer tentativa de distensão do tipo para abrigar outras hipóteses configura clara violação do princípio de legalidade. O crime será de furto consumado em concurso com outro, contra a pessoa. Esse aspecto foi objeto de intensa discussão entre Néelson Hungria<sup>26</sup> em defesa do Código e Magalhães Noronha<sup>27</sup> criticando-o. Noronha sustentou ser um equívoco a omissão do Código a respeito de uma cláusula de equiparação para o roubo impróprio, e diz que esta seria a imputação mais correta, por exemplo, para aquele que flagrado de posse dos bens logo após sua subtração, e, detido pela vítima, a narcotiza enquanto esta aguarda a chegada da polícia, logrando fugir com a *res*. Hungria sustentava que a omissão do Código foi voluntária, porque, em casos como o proposto por Noronha, a solução deveria dar-se por concurso de crimes.

A despeito de qual seja a posição tecnicamente mais adequada, uma coisa é certa: a omissão à cláusula de equiparação faz com que, de *lege lata*, a situação concreta não se possa subsumir à figura do roubo impróprio.

No roubo impróprio, há dois distintos elementos subjetivos, que compõem o tipo de ação: *para si ou para outrem*, do mesmo modo que no roubo próprio; e a finalidade especial de garantir a impunidade do crime ou a detenção da coisa, que é o propósito pelo qual especificamente se emprega a violência, contido na expressão *a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa*.

### 3.2 As elementares especializantes do tipo de ação

Existe uma série de elementares especializantes do tipo de ação e que deveriam ser tratadas, naturalmente, como qualificadoras.

Evidentemente são elementos essenciais componentes de um tipo, dados que o especializam em relação à modalidade fundamental.

---

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 109-110.

- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 56.

- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 248-249.

A doutrina em geral<sup>28</sup> mantém-se aferrada a uma classificação de *lege lata* entre qualificadoras e causas especiais de aumento de pena, vinculadas à forma como o legislador estipula os termos da distribuição da carga penal, considerando qualificadora aquela que tem pena própria e causa de aumento de pena a que utiliza fração de aumento sobre a pena da modalidade fundamental.

Optou-se, nesta obra, por um critério de *lege ferenda*, entendendo que são dignas de consideração como qualificadoras as situações de adição de elementos especializantes ao tipo fundamental, que modifiquem as exigências do tipo de ação, ou seja, que não digam respeito unicamente a uma qualidade especial do autor ou da vítima.

É verdade que a interpretação, a partir desse marco, torna-se mais complexa, porém, adquire-se uma capacidade de crítica até então inexistente.

A partir dessa postura, nem toda circunstância possui legitimidade para arvorar-se a uma pena independente, somente as que modificam substancialmente o tipo de ação.

De outro lado, a existência de tal mudança substancial indica a necessidade absoluta de pena independente.

Como efeito, ainda, as mudanças substanciais do tipo de ação – somente estas – se comunicarão de modo absoluto (sendo objetivas ou subjetivas) aos partícipes, na forma do art. 30 do Código Penal.

É exatamente o que ocorre no § 2º e nos mais recentemente acrescentados § 2º-A e § 2º-B do art. 157.

São elencadas, em vários incisos, diferentes situações que contemplam dados especializantes em face da formulação típica principal. No entanto, o legislador brasileiro optou por tratar tais situações como causas especiais de aumento de pena, e assim, ao invés de dotá-las de pena própria, estabeleceu apenas uma fração de aumento sobre a pena do tipo fundamental.

São nove as hipóteses tratadas a partir das modificações impostas pelas Leis nº 13.654 de 23 de abril de 2018 e 13.964 de 24 de dezembro de 2019: se há o concurso de duas ou mais pessoas; se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância; se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade; se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego; se a violência é exercida com arma branca; se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum e, finalmente, se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

Além disso, o advento das Leis nº 13.654 de 23 de abril de 2018 e 13.964 de 24 de dezembro de 2019 compôs um elenco de três diferentes categorias de majorantes para o roubo: uma primeira, que promove o aumento de pena privativa de liberdade em fração variável de um terço até a metade do resultado da segunda fase de individualização da pena (os casos do § 2º); uma segunda que promove um aumento fixo de dois terços da pena, na referida etapa (os casos do novo § 2º-A) e ainda uma terceira, que promove um curioso aumento “per saltum” que retroage à pena do *caput*, dobrando-a, com desprezo do resultado da segunda fase da dosimetria (casos do § 2º-B). As duas primeiras modalidades, conquanto contemplem questões intrincadas podem ser bem entendidas em sua aplicação, na terceira etapa de individualização das penas, tratadas, de *lege lata*, como causas especiais de aumento de pena. A terceira modalidade, no entanto, propõe um aumento de pena base que a desnatura como causa especial de aumento de pena e a converte em uma

---

- Veja-se, por todos, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 112.



**variante do preceito secundário d tipo de ação, gerando vários problemas, como se vai notar no item 8.5 dos comentários a este artigo.**

### *3.2.1 Concurso de duas ou mais pessoas (§ 2º, inciso II)*

**O concurso de pessoas configura majorante em função da maior facilidade em subjugar a vítima.**

**Para a caracterização do concurso, não importa a identificação precisa dos agentes, nem tampouco que algum deles seja inimputável.**

**Conquanto a disposição legal não mencione, parece existir uma limitação técnica para a aplicação da majorante. É que o fundamento material do agravamento da pena é a maior facilidade de alcançar o objetivo patrimonial almejado. Assim, uma divisão de tarefas, como a coautoria, efetivamente pode significar uma maior facilidade de realização do delito, assim como uma participação por cumplicidade.**

**O mesmo não se pode dizer nas situações de autoria mediata ou de participação sob forma de instigação ou induzimento, pois em nenhuma delas a concorrência de mais de uma pessoa facilita a produção do resultado.**

**O critério, portanto, há de ser relacionado ao *iter criminis*. A majorante somente pode ser aplicada caso a contribuição constitua em interferência em ato preparatório, ato de execução ou consumação, mas não quando a contribuição se dê meramente na ideação do crime, pois esta contribuição, intelectual, não facilita mais a produção do crime do que uma planificação mais detalhada realizada individualmente.**

**Há uma questão interessante, que costuma ser referida pela doutrina, que é a da situação de crime de roubo com agravação pelo concurso de pessoas e o crime de associação criminosa. É comum a posição de que não podem coexistir as duas situações, porque se trataria de uma dupla desvalorização do concurso de pessoas, padecendo de ilegalidade.<sup>29</sup>**

**Parece-nos equivocada a posição.**

**O crime de associação criminosa é uma conduta permanente de associação para o fim de cometer crimes. Ou seja, o cometimento de crimes posteriores é apenas uma pretensão dos membros da quadrilha, cuja ocorrência fática é absolutamente indiferente para a configuração do tipo, que corresponde materialmente a uma violação da paz pública.**

**O castigo agravado pelo concurso de pessoas no roubo possui fundamento material vinculado à maior facilidade que encontram os meliantes em proceder à agressão patrimonial.<sup>30</sup>**

### *3.2.2 Serviço de transporte de valores (§ 2º, inciso III)*

**Também é majorada a pena quando a vítima está a serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.**

**Note-se que não se trata de condições pessoais da vítima e do autor, mas sim de adição**

---

- Nesse sentido, por ex., GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 84.

- Com posição similar BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1995, p. 265-266.

de duas circunstâncias especializantes que efetivamente alteram o tipo de ação, tanto em sua pretensão conceitual de relevância, quanto na pretensão de ofensividade.

É preciso, em primeiro lugar, que a vítima esteja a serviço de transporte de valores. E estar *a serviço* significa que a coisa valiosa que ela transporta não lhe pertence.<sup>31</sup> Ela presta um *serviço*. Esse serviço prestado é também menoscabado pela conduta delitiva, ampliando a ofensividade do tipo.

Tais valores são quaisquer bens aptos a serem convertidos em dinheiro,<sup>32</sup> ou seja, joias, ouro em barra, títulos ao portador ou dinheiro mesmo, como costuma ocorrer no caso dos transportes realizados em carros-fortes, cuja referência resulta clara na incriminação.<sup>33</sup>

Em segundo lugar, exige-se um conhecimento especial do autor, que deve estar manifesto no sentido do tipo de ação, consistente em saber que a vítima transporta valores, antes de realizar a subtração.

### 3.2.3 *Roubo de veículo automotor enviado para o exterior do Estado ou do país (§ 2º, inciso IV)*

Da mesma forma que acrescentou uma qualificadora ao furto, a Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, inseriu um inciso no elenco de majorantes do roubo para identificar os casos em que o objeto roubado seja veículo automotor e que este seja enviado para fora do Estado ou do país.

O fundamento da majorante é a existência de uma maior dificuldade persecutória dos agentes, bem como para a recuperação da *res*, em casos que quejandos.

Para a configuração da causa de aumento é necessário um fato posterior, qual seja, o transporte além-fronteiras que, se não ocorre, não configura o tipo especial, mesmo que evidenciado ser este o fim proposto pelo agente.

### 3.2.4 *Roubo com restrição da liberdade da vítima (§ 2º, inciso V)*

A mesma Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, acrescentou a previsão da agravação em função da restrição da liberdade da vítima.

O dispositivo peca de grave imprecisão. Isso porque não se estabelece concretamente o lapso de tempo em que se restringe a liberdade da vítima, mantendo-a sob seu poder.

Parece que a lei visava atingir os casos dos chamados sequestros-relâmpagos, em que a vítima é rendida pelo autor e levada a várias caixas eletrônicas para sacar dinheiro, por exemplo. No entanto, essa hipótese parece muito mais ajustada ao crime de extorsão, porquanto não é possível que ocorra a subtração sem participação essencial da própria vítima, dizendo sua senha ou aplicando-a diretamente nos terminais de autoatendimento.

Ademais, todo roubo, de alguma maneira, supõe que o autor restringe a liberdade da vítima por certo período. O mesmo ocorre, ainda, em geral por períodos mais longos, nos

---

- Nesse sentido BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 115-116.

- Cf. FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro*, cit., v. V, p. 47.

- Hungria cita um caso brasileiro, "o assalto a um *pagador* da Estrada de Ferro Central, por quadrilheiros, no Estado de São Paulo", em HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 58.

crimes de sequestro e de extorsão mediante sequestro. Assim, importa resumir a casuística e apresentar o correspondente panorama doutrinário.

Há, pelo menos, três grupos de casos: aqueles nos quais a vítima é mantida sob jugo do autor apenas pelo tempo necessário para efetuar a subtração, ou garantir a posse da coisa; os casos em que as vítimas são mantidas sob a mira de uma arma ou trancadas em um porta-malas de veículos, sendo transportadas de um lugar a outro para garantirem um tempo sem persecução de modo a permitir o êxito na realização do próprio roubo; e, finalmente, os casos em que a restrição da liberdade é mais longa, mediante a colocação em cativo.

O primeiro grupo de casos é de roubo simples ou agravado por outro motivo; o segundo é de roubo agravado pela restrição da liberdade,<sup>34</sup> e o terceiro é de concurso de crimes entre o roubo e sequestro.

Já as hipóteses que ficaram conhecidas como *sequestros-relâmpago*, que são aquelas em que a vítima é constrangida a percorrer os caixas eletrônicos de bancos onde tem conta para sacar dinheiro e entregá-lo para seu algoz, foram abrigadas pela reforma procedida pela Lei nº 11.923, de 17 de abril de 2009, que alterou o § 3º do art. 158 do Código Penal.

### 3.2.5 *Roubo de substâncias explosivas ou acessórios para explosão (§ 2º, inciso VI)*

A Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, acrescentou a previsão da agravação se *a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.*

É bastante óbvio que se quis ampliar a punição para quem subtrai objetos capazes de produzirem explosivos ou que consistam eles próprios em explosivos, porque estes instrumentos, de modo geral, são os usados nos ataques a caixas eletrônicos.

Acontece que os explosivos ou substâncias e acessórios para a sua produção, usualmente encontram-se sob custódia de autoridades, de tal sorte que as pessoas não costumam ter acesso a eles.

O legislador optou aqui por adiantar as barreiras de punibilidade, dando por presumido que quem subtrai tais objetos tem a pretensão de empregá-los em um ataque a caixas eletrônicos.

Trata-se, enfim, de uma especialização do objeto subtraído, como se este tivesse intrinsecamente um valor diverso dos demais. Não existe qualquer fundamento material para que este objeto seja merecedor de tal agravamento de pena. Não há ofensa de novo bem jurídico diferenciado nem nada que possa ser representativo de uma necessidade de incremento da pena.

A majorante tem por elemento especializante o objeto que são *substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.* Substâncias explosivas são aquelas que são capazes de promover a explosão. A explosão é um processo que consiste em um súbito aumento de volume e grande liberação

---

<sup>34</sup> Da mesma opinião NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 447. Discordando, entendendo que o primeiro caso deve merecer a majorante, e o segundo e terceiro grupo de casos devem ser tratados sob a forma do concurso de crimes, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 118. O autor transmite, no entanto, quiçá involuntariamente, a equivocada impressão de que pensa que a majorante incide somente nos casos de furto do automóvel, o que não é verdadeiro.

de energia em ondas de pressão, produzido por distintas fórmulas. Os acessórios que permitem, conjunta ou isoladamente fabricação, montagem ou emprego de explosivos é uma fórmula de equivalência que permite uma interpretação analógica demasiado ampla, porque são variados os artefatos explosivos e mais variadas ainda as possibilidades de que determinado acessório seja apto a permitir montagem, fabricação ou emprego de explosivos.

### 3.2.6 *Violência ou grave ameaça exercida com emprego de arma branca (§ 2º, inciso VII)*

Esta causa especial de aumento de pena figurava no art. 157, § 2º, inciso I, que foi completa e expressamente revogado pela Lei nº 13.654 de 23 de abril de 2018, sendo reavivado no novo § 2º-A, inciso I, porém, referindo-se unicamente à arma de fogo. Ou seja, suprimiu-se o inciso I da redação original, que contemplava a violência ou ameaça exercida mediante o emprego de arma – qualquer modalidade de arma – competindo diferenciar entre as armas segundo seu potencial lesivo na variante da fração de aumento dentro das margens estabelecidas, inserindo-se apenas um aumento fixo, exclusivo para arma de fogo no novo § 2º-A. Com esta simples manobra, o legislador promoveu a *abolitio* imediata de todas as majorantes referidas a outra classe de arma que não seja arma de fogo, incluindo armas brancas, ácidos e corrosivos, instrumentos contundentes ou corto contusos como marretas, machados, tacos de baseball e outros mais.

O procedimento, obviamente, consistiu em um equívoco monumental do legislador, que só pode ser reparado pela via legislativa, o que ocorreu apenas depois de mais de um ano, com a inserção, pela lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 (Lei anti-crime), do presente inciso VII.

Obviamente a solução não foi a melhor, à vista de que se há um inciso I revogado, ele próprio poderia ter sido refeito ao invés de optar por mais um novo inciso. Além disso, na fórmula original, o uso do vocábulo *arma* compreendia qualquer objeto que pudesse ser usado com estas características, portanto, não apenas as armas ditas *brancas*, como a faca o canivete ou o facão, mas também as armas impróprias, como uma caneta, uma pedra, um caco de vidro, ou objetos contundentes, perfurantes ou cortantes variados que, agora, ficam fora do âmbito de aumento da pena.

De toda forma, a retomada do aumento de pena pelo emprego da arma branca era algo reclamado pela própria lógica da estrutura do crime de roubo, que se considera mais reprovável se o sujeito se vale de instrumentos capazes de produzir efeitos mais graves à incolumidade e tranquilidade da vítima ou de terceiros eventualmente intervenientes. O emprego de arma diz respeito à realização da violência ou intimidação com a utilização de um instrumento capaz de produzir um resultado mais grave do que aquele que teria a atuação sem arma, tanto para a incolumidade da vítima, quanto para a incolumidade de terceiros e isso, evidentemente, advém de qualquer classe de armas, seja arma própria (pistolas, revólveres, facas, estiletes) quanto a arma imprópria (uma caneta, um isqueiro, uma pedra, etc.). Infelizmente, como antes dito, as sucessivas alterações legislativas conseguiram aniquilar a lógica do sistema pela exclusão das armas impróprias.

Ademais, acresceu um evidente problema de sucessão legislativa, sendo que a nova norma incriminadora, porque prejudicial ao réu, somente é aplicável aos casos de roubo com arma branca ocorridos a partir de 24 de janeiro de 2020, obedecido o período de *vacatio legis* de 30 dias trazido pelo art. 20 da nova lei. Todos os casos anteriores de violência ou grave ameaça exercidos com arma branca, devem ser tratados como casos da modalidade fundamental do *caput*. Isto porque, a alteração promovida pela lei 13.654/2018, promoveu uma *reformatio in melius*, aplicável imediatamente a todos os processos de roubo cuja denúncia, inicialmente, contava com a imputação do crime de roubo majorado em

virtude do emprego de arma diversa da arma de fogo. De quebra, remanesce abolida a majorante se o caso refere-se às chamadas armas impróprias.

O *emprego* de arma significa o seu uso para a prática do ato de violência ou de grave ameaça, ou mesmo de redução da vítima à impossibilidade de resistência. Assim, subsiste o emprego da arma contra a vítima ou se a aponta, ou ainda, se apenas mostra que está armado, podendo, a qualquer momento, dela fazer uso. O porte ostensivo de arma é considerado pela maioria da doutrina como hipótese de majoração da pena<sup>35</sup>. Bitencourt,<sup>36</sup> em sentido contrário, defende que o *emprego* da arma traduz sua utilização em sentido próprio.

A posição parece equivocada. A *ratio* material do aumento de pena é a capacidade intimidatória do emprego da arma, que resta igualada como razão de aumento, para todos os casos<sup>37</sup>.

### 3.2.7 *Violência ou grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo de uso permitido (§ 2º-A, inciso I)*

Esta causa especial de aumento de pena figurava no art. 157, § 2º, inciso I, tendo sido transferida, pelo advento da Lei nº 13.654 de 23 de abril de 2018 para o novo § 2º-A, inciso I. Nesta ocasião, os objetos da majorante tinham sido os casos em que se viam empregadas armas de fogo em geral, incluindo pistolas, revólveres, fuzis, espingardas, granadas, etc., enfim, todas as armas que são ativadas através de uma detonação. Porém, o advento da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, que criou um novo § 2º-B, tratando dos casos de roubo cometido com emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito, remanesceram, por exclusão, como incidentes neste parágrafo e inciso, apenas os casos de roubo cometido com armas de fogo de uso permitido, tal como descrito no título deste tópico, com o fito de evitar um *bis in idem*. Obviamente, não se poderia pretender a incidência cumulativa de dobrar a pena base do roubo por ter sido realizado com emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito e, em seguida, aumentar novamente na terceira fase por ter sido empregada arma de fogo. A diferenciação de patamares de aumento de pena traz muitos problemas, que serão abordados no tópico relativo às consequências jurídicas do delito.

Da mesma forma do que se mencionou acerca do emprego da arma branca, o emprego de arma de fogo deve sofrer um *plus* de desvalor em razão do incremento da possibilidade de produção de um resultado mais grave do que aquele que se produziria se a mesma conduta fosse realizada sem o emprego da arma, quer isso seja representado pela aflição à incolumidade da vítima, que seja o risco que representa para a incolumidade de terceiros. Como já mencionado, o *emprego* de arma significa o seu uso para a prática do ato de violência ou de grave ameaça, ou mesmo de redução da vítima à impossibilidade de resistência, ou seja, a mera intimidação. Não se exige que tenha sido proferido disparo para configurar *emprego* de arma. Afinal, a expressão emprego traduz o *uso* e o uso, na

---

= Partindo do pressuposto de que o uso ostensivo da arma já constitui a qualificadora, por traduzir ameaça implícita: TELES, Nei Moura. *Direito penal. Parte Especial II*, cit., p. 275; ESTEFAM, André. *Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 396 e TELES, Nei Moura. *Direito penal. Parte Especial II*, cit., p. 58. Discordando que a mera ostentação da arma possa qualificar o crime (salvo evidente pretensão intimidatória), exigindo o efetivo uso da arma, FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. I, p. 209.

= BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 113.

= Veja-se o item 8 dos comentários deste artigo, sobre a violação do princípio de proporcionalidade na existência de um quantum fixo de aumento de pena.

realização de um ato de roubo, é usar para realizar as condutas descritas pelo tipo de ação, quais sejam, violência, grave ameaça ou, de qualquer outro modo, submeter a vítima à impossibilidade de resistência.<sup>38</sup>

### 3.2.8 *Destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa mediante o emprego de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum (§ 2º-A, inciso II)*

No que atine à figura do § 2º-A, inciso II, existe certo fundamento material no incremento da pena, uma vez que se descreve uma situação de perigo comum, dentro de um caso de atentado ao patrimônio. Resulta evidente que um ataque patrimonial mediante o uso de material explosivo, pode gerar a explosão e, com isso, o perigo comum à incolumidade pública<sup>39</sup>, que é outro bem jurídico. Isso torna o crime complexo para além do que já é complexo o roubo, acrescentando um terceiro bem jurídico ofendido.

No entanto, o legislador aqui afirma que a pena que suplanta o dobro da pena prevista para o furto simples, deriva de rompimento de obstáculo mediante o *emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum*.

A redação é ruim, porque a conjunção alternativa separa o *emprego do explosivo*, por um lado, e o *emprego de artefato que cause perigo comum*, por outro, como opções diversas. Obviamente, ao artefato se exige um resultado de perigo concreto, pois não se trata de um artefato *que possa causar perigo comum*, mas sim que *cause*. Portanto, ainda que se use no roubo um artefato que possa causar perigo comum, se este perigo não se produz, não há fundamento material para o aumento de pena e, portanto, não opera a causa de aumento. Por outro lado, no que refere ao explosivo, não é isso o que diz o dispositivo. Prevê-se a aplicação da majorante pelo *emprego do explosivo*, e não pela exposição de um número indeterminado de pessoas a qualquer perigo derivado da explosão. Portanto, se houve a explosão, mas não se configurou o perigo comum, vale dizer, o perigo a um número indeterminado de pessoas, ainda assim incide a majorante. O erro consiste na aglutinação indevida de figuras de perigo concreto e perigo abstrato.

Em uma interpretação restritiva do dispositivo, associada ao princípio de proporcionalidade, seria forçoso reconhecer que somente o emprego de explosivo que traduza efetivo perigo comum pode configurar a causa especial de aumento de pena em questão.

### 3.2.9 *Violência ou grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido (§ 2º-B)*

A Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 fez inserir um novo parágrafo no crime de roubo que, ao pretender dar azo a um incremento de pena derivado do emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito, provocou imensos problemas de individualização da pena, como se aponta no item 8.5 abaixo, para onde se remete o leitor.

---

[= Nesse sentido, TELES, Nei Moura. \*Direito penal. Parte Especial II\*, cit., p. 275; ESTEFAM, André. \*Direito penal. Parte Especial\*, cit., v. 2, p. 396 e TELES, Nei Moura. \*Direito penal. Parte Especial II\*, cit., p. 58. Discordando que a mera ostentação da arma possa qualificar o crime \(salvo evidente pretensão intimidatória\), exigindo o efetivo uso da arma, FRAGOSO, Heleno. \*Lições de Direito penal. Parte Especial\*, cit., v. I, p. 209.](#)

[= Veja-se, a respeito, o capítulo sobre crimes de perigo comum, no título dos crimes contra a incolumidade pública, no volume 3 dessa obra.](#)

No que refere à específica configuração do caso, optou-se por separar o emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito em face do emprego de arma de fogo de uso permitido. Com isso, obviamente, alinhou-se ao estatuto do desarmamento (lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003) e, justamente por isso, trouxe a reboque a má tratativa do bem jurídico contida naquela lei.

É difundido na doutrina e jurisprudência majoritárias que o crime de porte ilegal de arma de fogo atenta contra a incolumidade pública<sup>40</sup>, no entanto, quando se observa mais de perto a lei, verifica-se que a incriminação do porte ilegal de arma de uso proibido ou restrito (art. 16 da lei 10.826/2003 - Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa) – crime de perigo abstrato – é castigado de modo mais gravoso que o próprio disparo de arma de fogo (art. 15 da lei 10.826/2003 - Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa), crime de perigo concreto.

Portanto, é bastante óbvio que o bem jurídico que orienta as figuras incriminadoras da Lei 10.826/2003 é o controle sobre o fluxo de armamentos e, sendo assim, à margem da eventual discussão sobre a legitimidade ou não do exercício de tal controle, o certo é que a incolumidade pública não é o objeto primordial da lei.

Assim, ao transferir esta lógica para dentro das majorantes do roubo, diferindo entre os aumentos relativos ao emprego de arma de fogo de uso permitido (2/3 sobre a pena da segunda fase) e o emprego da arma de fogo de uso proibido (o dobro da pena da primeira fase da dosimetria), o legislador aniquilou por completo a própria lógica de justificação das majorantes relativas à arma de fogo. Isto porque, a potencialidade de risco para a incolumidade da vítima e de terceiros de um revólver .38 com a numeração hígida (arma de uso permitido, incidência do art. 157, § 2º-A, inciso I) é exatamente a mesma da conduta que emprega um revólver .38 com a numeração raspada (arma de fogo de uso proibido, incidência do art. 157, § 2º-B). Logrou-se, com isso, a contaminação deletéria do Código penal, aniquilando a lógica material das majorantes relativas ao emprego de arma de fogo nos casos de roubo.

O resultado final é que, ao contrário dos casos de roubo praticado com arma branca, os roubos praticados com arma de fogo tem seu incremento de pena justificado por razões diversas – por certo, de questionável legitimidade – do que a incolumidade da vítima e de terceiros.

### 3.3 O roubo mediante lesões graves e o latrocínio

---

- [Serve de exemplo a posição exposta por ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Arma Desmuniada: Efeito Bumerangue das Decisões do STF. Disponível em http:// www.lfg.com.br - 09 de novembro de 2009, acessado em 04 de fevereiro de 2020. O STF, por seu turno, divulgou em seu boletim \*Jurisprudência em teses\*, dez teses sobre o porte ilegal de armas, uma das quais contempla expressamente a questão do bem jurídico nos seguintes termos: \*O simples fato de possuir ou portar munição caracteriza os delitos previstos nos artigos 12, 14 e 16 da Lei 10.826/2003, por se tratar de crime de perigo abstrato e de mera conduta, sendo prescindível a demonstração de lesão ou de perigo concreto ao bem jurídico tutelado, que é a incolumidade pública.\* \(grifei\). A conclusão vem apoiada pelos seguintes julgados: Julgados: HC 432691/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018; HC 433241/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018; HC 430272/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018; AgRg no REsp 1708014/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018; AgRg no REsp 1688268/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 30/04/2018; HC 434093/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 24/04/2018.](http://www.lfg.com.br)

O § 3º do art. 157 prevê uma figura em que a prática de subtração, mediante violência, produz lesões corporais graves ou morte da vítima.

Enquanto o roubo que produz lesões graves é tratado simplesmente como roubo agravado, a doutrina oferece denominação própria de *latrocínio* para o roubo do qual resulta morte, mesmo que o termo não seja empregado como *nomen juris*.

Bitencourt<sup>41</sup> sustenta que o legislador de 1940 quis criar uma figura qualificada pelo resultado em separado, no § 3º, para os casos em que para a violência resultasse morte ou lesão grave. Para o autor, a locução “*se resulta*”, utilizada pelo tipo, não deixa margem a dúvidas sobre tratar-se de um crime qualificado pelo resultado. Ou seja, a hipótese seria de um roubo doloso, do qual teriam derivado lesões graves ou mortes culposas. Ressalva, porém, que a gravidade das penas cominadas teria levado a que se admitisse na mesma figura tanto o resultado mais grave doloso quanto o resultado preterdoloso, em um claro vilipêndio da técnica de tipificação.

Seja qual for a razão pela qual a doutrina foi firmando entendimento de que os casos previstos no § 3º do art. 157 são figuras tanto dolosas quanto preterdolosas, ou seja, que o resultado morte ou lesão grave pode ser atribuído tanto a título de dolo quanto de imprudência, o certo é que hoje esse reconhecimento é amplamente dominante na doutrina.<sup>42</sup>

A expressão *lesões graves* compreende as gravíssimas, englobando, portanto, tanto o § 1º quanto o § 2º do art. 129 do Código Penal.<sup>43</sup>

As majorantes do § 3º aplicam-se tanto ao roubo próprio quanto ao impróprio, mas não podem cumular-se com as hipóteses do § 2º.<sup>44</sup>

O argumento mais comum utilizado para justificar essa não cumulação é o da localização tópica,<sup>45</sup> ou seja, o fato de que o legislador situou o roubo agravado pelas lesões graves e o latrocínio, após o dispositivo sobre as causas de aumento, e o fez, dotando-o de pena própria. A explicação é paupérrima, posto que todas as figuras são parágrafos vinculados igualmente ao dispositivo principal do roubo, cujos elementos compõem igualmente um conjunto fundamental sobre o qual se acrescentam os dados especializantes no § 2º e o *plus* de resultado no § 3º. Ademais, não há qualquer incompatibilidade técnica na junção dos distintos conteúdos. É certo que o legislador andou muito mal em dotar apenas os casos de excesso de resultado de pena própria, uma vez que os casos do § 2º também se enquadram tecnicamente melhor como qualificadoras.

Na verdade, o que resultaria desproporcional seria a pena que pode resultar de um caso

---

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 122.

- Assim, por ex. GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 74; ESTEFAM, André. *Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 400 e TELES, Nei Moura. *Direito penal. Parte Especial II*, cit., p. 380. Anteriormente, Fragoso (FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. I, p. 210) já noticiava esse predomínio doutrinário, mas advertia que era preciso que se levasse em conta na fixação da pena a relação entre o elemento subjetivo que vinculou o agente ao fato.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 122.

- *Idem*, p. 122-123.

- Assim, por exemplo, a explicação de GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 75.



de latrocínio que fosse praticado em concurso de várias pessoas, ou com armas de alto poder vulnerante. O excesso de pena resultado da conjunção do § 2º e § 3º levaria a graves violações do princípio de proporcionalidade. Todas elas, porém, não por questão técnica, mas simplesmente por equívocos político-criminais de distribuição das cargas punitivas.

Já é bastante questionável a posição tópica do latrocínio como crime contra o patrimônio ao não ser este o bem jurídico principal, especialmente porque conduz a uma pena maior do que a que teoricamente pode ser atingida por um crime contra a vida. Assim, ampliar essa distorção não parece a melhor opção. Daí que a inaplicabilidade da cumulação das causas de aumento deriva não de mera questão tópica, mas sim de uma violação da proporcionalidade.

Caso o resultado morte tenha sido produzido contra mais de uma pessoa durante uma única prática violenta de subtração, não se altera a tipificação, devendo a situação ser levada em conta na fixação da pena base, na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.<sup>46</sup>

Note-se que o resultado de lesão grave ou morte do latrocínio deve decorrer da violência. A grave ameaça e/ou o meio generalizado não foram trasladados para essa forma agravada. Assim, se o resultado morte deriva de ameaças, como no caso do susto durante o assalto de um cardíaco,<sup>47</sup> o crime é de roubo comum.

Evidentemente, o tipo refere-se à lesão ou morte da vítima, que é quem sofre um ataque. Isso não inibe eventual caso de *aberratio ictus* (art. 20, § 3º, do Código Penal),<sup>48</sup> em que a morte ou lesão grave seja de um comparsa do autor.

O advento da Lei 13.654 de 23 de abril de 2018 manteve a mesma redação do antigo art. 157 § 3º, mas modificou sua forma, dividindo o que se encontrava em um único parágrafo de texto, em dois incisos, onde se separa o resultado de lesão corporal grave e o resultado morte, cada qual com suas penas respectivas.

Tal alteração não produziu qualquer alteração quanto ao conteúdo do tema, exceto quanto a um aumento de três anos na pena máxima privativa de liberdade da modalidade com resultado de lesão grave, que passa de quinze para dezoito anos de reclusão.

#### 4 DA PRETENSÃO SUBJETIVA DE ILICITUDE

Há uma questão interessante que, na opinião de alguns autores,<sup>49</sup> envolve a pretensão subjetiva de ilicitude. Trata-se dos casos em que o sujeito agride a vítima de modo letal,

---

- O posicionamento firmado no STJ é de que “o roubo qualificado pelo resultado morte (latrocínio) ou lesões corporais permanece único quando, apesar de resultarem lesões corporais em várias pessoas, apenas um patrimônio seja ofendido” (HC 86.005). Porém, o mesmo STJ já decidiu que, mesmo sendo as vítimas casadas, em um caso de latrocínio, pode ser que os objetos subtraídos pertençam exclusivamente a cada uma delas – como as alianças, por exemplo – levando à conclusão pelo concurso formal de crimes. Confira-se em HC 122061 – Quinta Turma do STJ – Rel. Min. Laurita Vaz.

- O exemplo aparece em BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 125.

- A hipótese é aventada por BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 126.

- Assim, por ex., GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 86.

porém, não produz sua morte, mas sim lesões graves, logrando, contudo, a subtração.

O que se põe em cheque é a pena a ser aplicada, uma vez que o § 3º prevê uma pena de 7 a 15 anos para as lesões corporais, no entanto, uma tentativa de *latrocínio* levaria à pena de 20 a 30 anos, com redução de 1/3 a 2/3, o que significaria um mínimo de 6 anos e 8 meses, mas um máximo de 20 anos.

O problema deriva de que o tipo é misto alternativo no que tange à adição do *plus* de resultado.

A solução parece passar pelo dolo. Ou seja, demonstrado que a pretensão do sujeito era efetivamente lograr a lesão corporal, mesmo que o resultado exponha a grave risco a vida da vítima, ele responderá pelo roubo agravado pela lesão; demonstrado, ao contrário, que correspondia a uma pretensão letal, será o caso de aplicação da tentativa.

Evidentemente, a situação concreta reclama uma valoração que é posterior ao momento inicial de identificação do tipo de ação, já que este se encontra perfeitamente perfilado: o autor agrediu a vítima para subtrair seus bens de modo grave, que poderia ser letal, mas não foi.

O tipo penal é o do art. 157, § 3º. Se é tentado ou não, depende de uma valoração *a posteriori*, para identificar que classe de resultado gozava do compromisso para com sua produção, por parte do autor.

Parte-se da tese dos indicadores objetivos de Hassemer, para atingir a compreensão de que, se a expressão de sentido da conduta do acusado revela o compromisso para com a produção do resultado, imputa-se o crime a título de dolo. Esse dolo, evidentemente, refere-se à produção do resultado efetivamente acontecido, ou seja, é consciência e vontade de produção de um resultado específico.

Aí está a chave da questão: há dois resultados produzidos concomitantemente, a par da subtração patrimonial: um resultado de perigo do bem jurídico vida e um resultado de dano do bem jurídico integridade física.

Há que se identificar, portanto, qual é o compromisso do autor. Ele se compromissa com a produção de qual resultado, especificamente? Daí deriva a solução do caso, sempre de modo tópico.

## 5 PERMISSÕES FORTES E FRACAS

As hipóteses de permissões fortes aqui são dificilmente aplicáveis dada a gravidade do fato. Pensar em situação de estado de necessidade, legítima defesa, direito ou dever legal que o justifique é praticamente impossível.

Do mesmo modo, estando implicada a violência na prática do delito, e que a integridade física ou a vida são bens jurídicos indisponíveis, o consentimento é absolutamente irrelevante. Seria relevante caso anuisse com a ameaça, pois a tranquilidade é bem jurídico disponível. No entanto, como a idoneidade da ameaça deve ter em conta as condições pessoais da vítima, neste caso, o que haveria seria a exclusão do resultado de atemorização, pelo que o que caberia seria a desclassificação do tipo.

Somente seria possível pensar em permissões fracas, na forma da grave ameaça do art. 22 do Código Penal, transferindo-se responsabilidade a quem instrumentaliza o autor imediato do fato, ainda assim, desde que, na hipótese de fato, haja uma gravidade da ameaça sofrida pelo autor do roubo de maior vulto que a violência ou ameaça empregada para sua realização.

## 6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O roubo, em sua modalidade própria, terá consumação no mesmo instante em que o furto se consuma, ou seja, no momento em que o sujeito logra excluir da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima o objeto da subtração, a despeito de ser ou não duradoura a posse que consiga lograr.<sup>50</sup> O tema encontra-se resolvido neste sentido no plano jurisprudencial, com o Enunciado Sumular 582 do Superior Tribunal de Justiça, que orienta no sentido de que: “*consoma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada*”.

No caso do roubo impróprio, a consumação se dá com a prática da violência, posterior à subtração.

Em um caso ou em outro, a tentativa é sempre possível, já que nas duas hipóteses as condutas podem ser plurissubsistentes.

Assim, considera-se roubo tentado tanto não lograr a subtração efetiva e tranquila da coisa, após já empregada a violência ou a grave ameaça, por circunstâncias alheias à sua vontade, quanto, após realizada subtração, não lograr preservá-la, por não conseguir utilizar violência ou grave ameaça para garantir a posse ou para evitar a persecução, como, por exemplo, ao tentar golpear a vítima que se esquivava e o imobiliza.<sup>51</sup>

Menciona-se na doutrina<sup>52</sup> como tentativa de roubo impróprio, quando o sujeito, flagrado durante a subtração, emprega violência e, abandonando a coisa, logra fugir.

Há quem defenda<sup>53</sup> tratar-se de concurso de crimes entre a tentativa de furto e o crime contra pessoa.

Creemos que tentativa de roubo impróprio não pode ser porque a coisa não foi concretamente subtraída, circunstância que é elementar do tipo. Porém, nem todos os casos constituem hipótese do concurso aventado.

Com efeito, se evidenciado que a violência foi empregada apenas com o fito de fugir, com prévio abandono da coisa, que não se logrou subtrair, o caso será de tentativa de furto e crime contra a pessoa em concurso; mas pode ser que o caso seja do emprego de violência antes do abandono da coisa, visando concluir a subtração que, afinal, não se realiza. Neste caso, a hipótese será de tentativa de roubo próprio, justamente porque a violência é perpetrada durante, ou concomitantemente a subtração.<sup>54</sup>

---

- Cf. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 797.

- Nei Moura Teles, discordando, sustenta ser impossível a tentativa de roubo impróprio TELES, Nei Moura. *Direito penal. Parte Especial II*, cit., p. 374-375, seguindo, neste aspecto, a Hungria (HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 61).

- FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 208.

- Nesse sentido, NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 248. Também, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 121; GREGO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 81-82.

- Note-se que o próprio Bitencourt insiste em identificar como roubo próprio o caso de violência perpetrada concomitantemente à subtração. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 121.

## 6.1 A tentativa de latrocínio

**A situação mais debatida no campo da tentativa diz respeito às hipóteses de latrocínio.**

**Isso porque o tipo penal é estruturado de um modo *sui generis* em que aparecem dois distintos resultados: um de subtração e outro de morte.**

**Claro que se houver a subtração e também a morte, trata-se de latrocínio consumado. Assim como é indubitável que o intento que não logra a subtração, tampouco a morte da vítima, realizada para subtrair, é caso de tentativa.**

**A questão é complexa, nos outros dois casos, onde se logra o resultado morte sem obter a subtração patrimonial pretendida, ou se logra a subtração da coisa, sem conseguir a prática da morte.**

**No primeiro caso, havendo a morte, sem a consecução da subtração, a polêmica foi instaurada primeiramente entre as opiniões de Magalhães Noronha e Néelson Hungria.**

**Néelson Hungria<sup>55</sup> sustentava que sendo o latrocínio um crime complexo, em que se unem a lesão patrimonial e o atentado à vida, somente seria possível definir como crime consumado ou tentado aquela atuação que consumasse ambas as violações (à vida e ao patrimônio) ou não lograsse conseguir também as duas. Isso quer dizer que, no seu entender, as hipóteses em que o sujeito não logra a subtração, embora tenha realizado homicídio ou a situação em que logra subtração, mas não a perpetuação da lesão à vida ou à integridade física, o agente deveria responder apenas por homicídio qualificado na forma do art. 121, § 2º, inciso V, do Código Penal, ou seja, homicídio para garantir a prática de outro delito, seja em forma consumada ou tentada, conforme tenha sido o resultado do atentado contra a vida.**

**A justificativa de Hungria para a assunção de tal posicionamento era de que:**

**“nos crimes complexos, salvo expressa disposição legal em contrário, se um dos crimes-membros deixa de consumir-se, fica prejudicada a consumação do *todo unitário*, e também não se pode ter a simples tentativa deste quando um dos crimes-membros se consumou”.**<sup>56</sup>

**De opinião diversa, Magalhães Noronha<sup>57</sup> sustentava que tanto a prática de homicídio tentado, com subtração consumada, como vice-versa, deveriam ser tratadas como tentativas de latrocínio, pois mencionava que a opinião de Hungria a respeito do crime complexo não é unânime, convocando, em reforço à sua posição, a lição de Ranieri, que, a seu ver, deixaria clara a possibilidade do reconhecimento da tentativa no crime complexo, quando um dos crimes-membros fosse consumado:**

**“No latrocínio, consumada a subtração, consumada está a *lesão patrimonial*, não, porém, o *crime complexo*, que ficou imperfeito, que *não se completou*, por não se haver completado um *dos delitos componentes ou integrantes*. Nem é outra a lição de Ranieri: ‘uma das formas do crime complexo, realmente, como sabemos, é dada pela combinação de vários delitos isolados que entram como elementos**

---

- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 62-63.

- *Idem*, p. 62.

- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 255.

constitutivos. Neste caso, a tentativa pode ter por objeto o crime isolado, que se coloca ou como antecedente ou como concomitante ou como subsequente de outro delito isolado, com o qual forma, segundo um determinado tipo criminal, um único crime complexo'. E a dirimir qualquer dúvida: 'E, na verdade, o delito complexo, sendo único, é incompleto ou imperfeito ainda que se tenha consumado um dos delitos isolados que o compõem.' São palavras de um *monografista* de crime complexo e cuja autoridade é por todos reconhecida."<sup>58</sup>

Já Heleno Fragoso<sup>59</sup> seguia a posição de Hungria, de modo geral, apenas reservava a tentativa de latrocínio para o roubo tentado com homicídio preterintencional.

O Enunciado nº 610 da Súmula do Supremo Tribunal Federal estabeleceu que: "há crime de latrocínio quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima", com isso trazendo ainda outra opção diferente, advogando a existência de um crime consumado, mesmo diante do não cumprimento de todos os elementos do tipo, no caso, exatamente o seu núcleo.

A posição da Corte, que porque sumulada hoje parece ser dominante,<sup>60</sup> recebe, com razão, fortes críticas.<sup>61</sup> Isso porque o reconhecimento de um tipo consumado depende da presença efetiva de todos os elementos do tipo. A falta de um deles, especialmente, aqui, o núcleo, não permite o reconhecimento do crime consumado justamente pela regra de incompletude de realização dos tipos prevista no art. 14, inciso II, do Código Penal.<sup>62</sup>

É tão evidente o equívoco que o Código Penal Militar, ciente do problema, especificou a solução no seu art. 242, § 3º.<sup>63</sup>

Daí que, sem dúvidas, de *lege ferenda*, a melhor solução seria o abandono completo da figura do latrocínio, optando pelo concurso de crimes entre o homicídio ou lesões corporais e o roubo, de modo que seria permitido identificar a tentativa com um tipo específico.

## 7 QUESTÕES DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. LIMITES DO ALCANCE DO TIPO

**O crime é comum, não exigindo qualquer especial qualidade ao seu agente.**

---

- Idem, p. 256.

- FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 211-212. No mesmo sentido, atualmente, a posição de Maria Therezza Assis Moura e Marta Saad, em FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 798.

- Assim informa GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 79.

- Assim, por exemplo, GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 79-80; CAROLLO, João Carlos. O latrocínio e a Súmula 610 do STF, *Jornal Carta Forense*, maio 2011, p. A-10.

- Nesse sentido, GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 2, p. 79-80.

- "3º – Se, para praticar o roubo, ou assegurar a impunidade do crime, ou a detenção da coisa, o agente ocasiona dolosamente a morte de alguém, a pena será de reclusão, de quinze a trinta anos, sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumir-se. Se há mais de uma vítima dessa violência à pessoa, aplica-se o disposto no art. 79."

**Ao contrário, se o autor da subtração for, por exemplo, justamente a pessoa que é proprietária do bem, que o retoma de terceiro que ilegitimamente mantém a posse, o crime será o do exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal).<sup>64</sup>**

## **8 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. PRETENSÃO DE PUNIBILIDADE**

**Há vários aspectos relacionados à pena do roubo que merecem destaque.**

**Em primeiro lugar, a peculiar tratativa dos casos de fixação da pena-base e sua relação com o tipo, na figura da ganância, em segundo lugar, a ampla ocorrência de acúmulo de majorantes, em terceiro lugar, a absurda identidade de pena entre uma figura dolosa e outra perterdolosa nas hipóteses de latrocínio. Vejamos.**

### **8.1 O lucro fácil como motivo da prática do roubo**

**A respeito especificamente do roubo, como ademais, no furto, há intenso debate a respeito da fixação da pena-base, quando o magistrado fixa um desvalor específico por força dos motivos, reconhecendo que o réu teria agido motivado pela ânsia de buscar o *lucro fácil*.**

**Evidentemente, a ganância ou cupidez não são elementares do tipo, nem, como por vezes equivocadamente se afirma, “próprias dos crimes contra o patrimônio”. A respeito, corretamente observa Bitencourt<sup>65</sup> que “é irrelevante que o sujeito ativo o pratique com a intenção de vingar-se da vítima ou de terceiro”, enfim, “é irrelevante a razão ou motivo pelo qual pretende apoderar-se da *res*”.**

**Por outro lado, há muitos casos em que a afirmação da sentença a respeito da ganância do réu carece de suporte probatório. Porém, neste caso, a questão é processual e relacionada à carência de fundamentação, não se justificando o cometimento de um erro dogmático, a pretexto de salvar a contradição entre a sentença e a prova, portanto, o questionamento do tema deveria voltar-se à questão probatória e não ao questionamento do critério legal empregado.**

### **8.2 Concurso de majorantes**

**No caso de incidência de mais de uma causa de aumento de pena no roubo, apenas a que mais aumenta será considerada, consoante preconiza o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, devendo a fração de aumento variar qualitativamente segundo a intensidade da presença do fundamento material da majorante.**

**Isso não significa que a majorante restante deva ser abandonada a efeitos de fixação da pena. Muito pelo contrário, o que se deve fazer é cotejar a eventual identidade da circunstância desprezada com as circunstâncias judiciais e as agravantes genéricas, para fins de sua consideração na primeira ou na segunda etapas de fixação da pena.**

### **8.3 Das frações de aumento variáveis das majorantes do § 2º.**

**Nas majorantes do § 2º do art. 157, consta um aumento de pena privativa de liberdade**

---

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 100.

- *Idem*, p. 102.

**fracionário e variável, de um terço até a metade.**

**É questão importante fixar os fatores em torno dos quais girará tal variação. Obviamente, ela estará vinculada aos fundamentos materiais da respectiva causa de aumento.**

**Assim, em se tratando de concurso de duas ou mais pessoas (inciso II), o aumento será tão maior quanto maior o número de pessoas, o que faz com que ele se restrinja a um terço apenas quando forem duas as pessoas implicadas. Evidentemente, não se poderia aplicar o aumento mínimo quando houvessem três ou mais pessoas, pois se estaria igualando situações desiguais.**

**No caso do conhecimento do réu acerca de que a vítima está a serviço de transporte de valores (inciso III), verifica-se uma condição não variável, afinal, ou a vítima está ou não está a serviço de transporte de valores e ou o agente conhece ou não conhece tal circunstância. O legislador, ao acrescentar este inciso, não se deu conta da inviabilidade de promover uma fração variável, pelo que, a fração de aumento sempre deverá ser a mínima, já que os conflitos de interpretação normativa de matéria punitiva devem ser resolvidos em favor da vertente restritiva.**

**Na hipótese de subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou exterior (inciso IV), o fundamento da desvalorização é a dificuldade de localização da *res*, pelo que, a fração variará em torno à distância do envio da *res*. Portanto, a fração mínima corresponderá ao país ou Estado limeiro àquele onde se realizou a subtração.**

**Quanto ao aumento em face de que o agente mantém a vítima sob restrição de liberdade (inciso V), a fração de aumento variará em função do tempo em que a vítima permaneça privada de sua liberdade.**

**Na hipótese do inciso VI, inserido pela Lei nº 13.654 de 23 de abril de 2018, a variação da fração se dará em torno do potencial explosivo das substâncias ou acessórios subtraídos.**

**Finalmente, no caso do inciso VII, reinserido pela Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, trazendo as armas brancas para a condição de majorantes, seu potencial perfurocortante é o que balizará o nível de perigo por ela representado para a incolumidade da vítima e de terceiros. Quanto mais potencialmente vulnerante for a arma branca, maior será o aumento de pena.**

#### 8.4 Da fração de aumento fixa do emprego de arma de fogo de uso permitido e sua violação do princípio de proporcionalidade.

**Outro sério problema provocado pela Lei 13.654 de 23 de abril de 2018 foi que, ao deslocar a questão do emprego de arma de fogo (agora, somente arma de fogo de uso permitido, por força do advento da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019), para um patamar fixo de acréscimo de pena na terceira etapa da individualização – dois terços – as hipóteses de emprego de arma de fogo de uso permitido para o roubo restaram todas igualadas. Ou seja, ao não existir mais a fração variável de aumento de pena (de um terço à metade), qualquer que seja a arma de fogo empregada, desde que seja de uso permitido, independentemente de seu poder vulnerante, restará promovido o mesmo aumento de pena. Portanto, um roubo praticado com um revólver calibre .22 receberá o mesmo acréscimo de pena na terceira etapa de individualização (dois terços), que um roubo praticado com o emprego de um revólver calibre .38.**

**Salta aos olhos a violação do princípio de proporcionalidade.**

**Mas este nem é o maior dos problemas, se atentamos para o fato de que separou-se no art. 157, § 2º-B, as armas de fogo de uso proibido ou restrito.**

#### 8.5 Do vilipêndio das regras gerais de individualização da pena em casos de roubo com emprego de arma de fogo de uso proibido ou

restrito.

Como antes referido, a Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 introduziu o § 2º-B no crime de roubo, com a seguinte redação: *Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.*

Resulta fácil perceber a coleção de problemas que tal disposição impõe ao processo de individualização das penas: em primeiro lugar, por ferir o princípio de proporcionalidade; em segundo lugar, por subverter completamente a fórmula individualizadora da pena da parte geral do Código penal, de modo a inviabilizar que se chegue a uma conclusão única sobre a pena a ser imposta. E, ademais, as perspectivas interpretativas abertas conduzem invariavelmente a problemas. Senão, vejamos.

Do ponto de vista da proporcionalidade, a opção por promover um aumento de pena diferenciado para armas de uso proibido ou restrito (o dobro da pena base) em face das armas de uso permitido (2/3 sobre o resultado da segunda fase), cuja incidência permaneceu no art. 157 § 2º-A, inciso I, do Código penal é mais do que evidente.

Note-se, por exemplo, que no âmbito do que se considera arma de uso proibido ou restrito (art. 16 da Lei 10.826/2003, encontram-se não apenas as armas contempladas no art 16 do Decreto 9.493 de 5 de setembro de 2018 (por exemplo, as pistolas automáticas de qualquer calibre, os obuseiros, canhões e morteiros), mas também as armas que tenham suprimida ou alterada sua marca, numeração ou qualquer sinal de identificação, ainda que o calibre em questão seja de uma arma de uso permitido.

Como consequência, duas situações cuja intimidação ou potencial lesivo para a incolumidade das vítimas ou de terceiros é absolutamente idêntica, terão penas diferentes, pois uma delas sofrerá um acréscimo de 2/3 sobre o resultado da segunda fase da dosimetria da pena e a outra sofrerá um aumento do dobro da pena base.

Mas este sequer é o maior o problema.

O problema grave, que impõe uma coleção de dúvidas quanto à individualização adequada da pena é a esdrúxula redação do dispositivo, que não permite entender o § 2º-B como uma causa especial de aumento de pena, cuidando-se, na verdade, de outra classe de instituto cuja natureza jurídica resulta *sui generis*.

Note-se que o dispositivo legal é explícito e não deixa margem a dupla interpretação, ao referir que *se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.*

A redação prevê que seja aplicado o dobro da “pena prevista” e não da “pena aplicada” no *caput*, o que levaria a descaracterizá-la como causa especial de aumento, já que não se trataria de uma fração de aumento incidente na terceira fase, quando já se trata de uma pena aplicada, sobre a qual incide uma fração de aumento, mas sim na primeira fase, já no próprio processo de estabelecimento da primeira fase da dosimetria. Perceba-se que seria impossível tratar o § 2º-B como causa especial de aumento, entre outras coisas, porque não se saberia qual a fração de aumento aplicável na terceira fase, uma vez que a “pena prevista” é variável segundo outros fatores (os do art. 59 do Código penal) que não os fundamentos do próprio parágrafo.

A solução para preservar a condição de causa especial de aumento de pena do referido § 2º-B, seria interpretar o disposto de modo diverso, vilipendiando a interpretação literal e autêntica, para entender que se trataria do dobro da “pena aplicada” no *caput*.

Entretanto, surgiria aqui um problema. Neste caso, o procedimento seria estabelecer a pena base segundo os critérios do art. 59 do Código penal, computar as



**causas agravantes e atenuantes genéricas e, depois, fazer incidir um aumento consistente no dobro da pena base, o que levaria a uma pena elevadíssima e à peculiar condição de que o aumento de uma pena na terceira fase não incidiria no resultado da segunda, causando problemas novamente de proporcionalidade.**

**Imagine-se uma pena base fixada em 4 anos de prisão, com um aumento de um ano pela reincidência e outro ano por ter sido praticado contra criança, totalizando 6 anos de prisão ao cabo da segunda fase da dosimetria. Na terceira fase, presente a circunstância do emprego de arma de uso proibido ou restrito implicaria em dobrar a pena base aplicada, vale dizer, seriam acrescidos mais 4 anos, totalizando 10 anos de prisão. Em outro caso, em que a arma empregada fosse de uso permitido, nas mesmas circunstâncias, chegar-se ia a uma pena idêntica! Partir-se-ia de 4 anos de pena base, com o aumento de um ano pela reincidência na segunda fase e um ano por ter sido praticado contra criança. Total: 6 anos de prisão. O aumento da fração de 2/3 determinado pelo art. 157, § 2º-A, inciso I, levaria a somar mais 4 anos à pena, totalizando 10 anos de prisão. Ou seja, a mesma pena seria aplicada a casos onde a arma empregada é de uso permitido e onde ela é de uso proibido ou restrito.**

**Certamente não pode ser esta a interpretação.**

**E a corrigenda não poderia vir da aplicação sucessiva da majorante da primeira fase da dosimetria (art. 157, § 2º-B) e a causa especial de aumento da terceira fase (art. 157, § 2º-A, inciso I), porque se incorreria em evidente *bis in idem*, desvalorando duas vezes o emprego de arma, com a diferenciação que uma de tais desvalorações especifica ser a arma de uso proibido.**

**A única solução plausível para o caso é que se considere que o “dobro” referido no art. 157, § 2º-B incide antes mesmo da elaboração da primeira fase de individualização da pena, como uma espécie de variante do preceito secundário do tipo incriminador, sempre e quando tiver sido empregada uma arma de fogo de uso não permitido. O aumento, neste caso, implicaria em uma dobra da pena em abstrato na primeira fase, balizada segundo as circunstâncias do art. 59 do Código penal e que geraria um efeito de exclusão automático da majorante do art. 157, § 2º-A, inciso I (emprego de arma de fogo) na terceira fase da dosimetria.**

**Esta solução evitaria, inclusive, a distorção apontada, derivada da incidência de agravantes genéricas, uma vez que estas incidiriam igualmente sobre uma pena base já antecipadamente computada em dobro.**

**O único inconveniente desta fórmula é que resulta necessário admitir que o § 2º-B não é, nem nunca pode ser, considerado uma causa especial de aumento de pena, uma vez que não tem lugar na terceira fase da dosimetria, mas sim na própria pena base e isso levaria a permitir a incidência de outras causas de aumento – diversas, obviamente, do emprego de arma de fogo – na terceira fase, como podem ser ter por objeto veículo automotor ou a restrição da liberdade da vítima, fazendo com que a pena seja sobremaneira aumentada gerando uma maior discrepância ainda em face dos casos de emprego de arma de uso permitido. Os casos de armas com numeração raspada empregadas em roubos – bastante frequentes – teriam penas que, materialmente resultariam amplamente desproporcionais, ou seja, se incrementaria o problema de proporcionalidade aqui antes aventado.**

**Finalmente, há ainda mais um caso a ser tratado que deriva da estapafúrdia subdivisão do emprego de arma no roubo em três distintos dispositivos legais, a saber, o art. 157, § 2º, inciso VII (roubo com emprego de arma branca); o art. 157, § 2º-A, inciso I (roubo com emprego de arma de fogo, que deve ser entendida como arma de fogo de uso permitido) e o art. 157, § 2º-B (roubo com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido): o caso do concurso de pessoas diferentemente armadas.**

**Suponha que durante a realização de um roubo perpetrado por 3 agentes, um deles porte uma faca, outro porte um revólver calibre .22 regularmente identificado e um**

terceiro porte uma pistola automática. Todos deverão responder por idêntico crime? Que pena lhes será aplicada? Perceba-se que, na fórmula original do Código penal, isso não seria um problema, pois o original § 2º do art. 157 trazia a referência a arma, e os três responderiam pelo roubo duplamente majorado, aplicando-se uma das majorantes na terceira fase e outra na primeira. Hoje, com as fórmulas diferenciadas, surge o problema de que, no concurso de pessoas todos devem responder, em princípio, pelo mesmo crime (art. 29 do Código penal), mas se alguém quis participar de crime menos grave (§ 2º do mesmo art. 29 do Código penal), terá aplicada a pena deste crime. Imagine-se que um dos réus, por exemplo, aquele que portava uma faca, afirma não saber que qualquer de seus comparsas usaria arma de fogo e, menos ainda, que uma delas era de uso restrito. Diante deste quadro, qual seria sua pena base? 4 a 10 ou 8 a 20 anos? Qual seria a fração de aumento aplicável na terceira fase? De 1/3 até 1/2 ou 2/3? Seria plausível a aplicação da causa geral de diminuição da participação dolosamente distinta?

Parece, a princípio, que o caso reclamaria soluções tópicas, onde deveria ser cogitado dos indicadores capazes de demonstrar que o réu quis participar de crime menos grave. Portanto, não é correto indicar solução *a priori*. O que não pode negar, porém, é que existem de fato, crimes mais e menos graves dentro das variantes do roubo a partir da verdadeira confusão instaurada pelas sucessivas alterações legislativas.

De lege ferenda, restaria recomendar que fossem organizados escalonadamente as distintas modalidades de roubo, cada qual com sua pena própria, com vistas a evitar confusões e más interpretações no já complicadíssimo procedimento de dosimetria da pena.

## 8.6 Da pena do latrocínio

É bem evidente que o legislador equiparou duas condutas que não deveriam ser equiparadas, ao estabelecer que o resultado morte ou lesão corporal nos casos de roubo implicaria em um *plus* de pena.

Isso porque não há menção no texto que refira a que título subjetivo se atribui tal resultado morte ou lesão grave.

É certo que em vários outros tipos penais o legislador empregou essa técnica de menção a *se resulta*, para traduzir o preterdolo, porém, caso fosse considerado que a hipótese de apenamento pelo § 3º refere-se unicamente aos casos de preterdolo, os casos em que o resultado morte ou lesão grave se produzisse dolosamente restariam impunes, por existência de um vácuo legislativo. Isso geraria uma situação de tremenda injustiça, eis que o crime completamente doloso com resultado gravíssimo seria impune ou, quando menos, punido apenas como roubo simples.

Portanto, longe de ser uma solução tecnicamente aprimorada, considerou-se que a figura engloba tanto um crime completamente doloso quanto um crime preterdoloso.

E é aí que nasce um problema a respeito da pena: o aplicador do direito deverá considerar, para fins de fixação da pena base, no critério de *culpabilidade*, o grau de reprovabilidade da conduta, que, neste caso, pode variar da figura preterdolosa até a figura completamente dolosa. Essa análise, ademais, será sempre obrigatória, não apenas pelo fato de que as circunstâncias judiciais devem ser analisadas expressamente, mas, principalmente, porque essas duas figuras não podem ser, de nenhuma forma e sob nenhum pretexto, equiparadas.

Daí deriva uma consequência que até hoje não tem sido objeto de maior cuidado na *praxis* forense de aplicação da pena: em nenhuma hipótese de crime de latrocínio praticado de modo integralmente doloso, ou seja, com o dolo dirigido tanto à produção do resultado

de subtração dos bens quanto do resultado morte e lesão grave, a pena-base poderá ser a mínima. Admiti-lo configuraria uma grave violação do princípio de proporcionalidade, já que a pena-base de um caso de latrocínio cometido com preterdolo não poderia ser menor que aquela.

Finalmente, a respeito da pena do latrocínio, resta deixar consignado que o advento da Lei 13.654 de 23 de abril de 2018, determinou um aumento da pena máxima privativa de liberdade cominada ao latrocínio quando se trata de um roubo com resultado de lesão grave. Passou-se de quinze para dezoito anos de reclusão. Curiosamente, a pena é menor do que o roubo majorado pelo emprego de arma de uso proibido ou restrito, cujo aumento determinado pelo art. 157 § 2º-B, cuja redação foi determinada pela lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, possui uma pena máxima de 20 anos de reclusão.

## EXTORSÃO

Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com o emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

§ 2º Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior. (Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90)

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de seis a doze anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 11.923, de 2009)

## 1 INTRODUÇÃO

As origens do crime de extorsão remontam à figura do *crimen repetundarum* do Direito Romano, que consistia simplesmente em uma cobrança indevida realizada por funcionário público ou magistrado, mediante ameaça.<sup>66</sup>

O Direito Romano ainda conheceu a figura da *concessio*, que podia ser pública, consistente na simulação da condição de funcionário público ou autoridade, para extorquir dinheiro ou valores; ou privada, consistente em ameaça de ação pública para obter vantagem patrimonial.<sup>67</sup>

As figuras foram ampliadas pelos práticos medievais, que deixaram de exigir a especificidade da ameaça, bastante que fosse empregada para obtenção da vantagem.<sup>68</sup>

---

- Nesse sentido, o comentário de FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 215. Veja-se detalhes em MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. Reimpressão da tradução de P. Dorado, da obra original de 1899, Bogotá: Temis, 1999, p. 416.

- A informação é de FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 215.

- Cf. FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 215.

No Brasil, o Código Penal do Império não trazia esta figura incriminadora, que teve lugar, por primeira vez, no ordenamento jurídico brasileiro no Código Penal de 1890, em seu art. 362, § 2º, nos seguintes termos:

**“Obrigar alguém, com violência ou ameaça de grave dano à sua pessoa ou bens, a assinar, escrever ou aniquilar, em prejuízo seu ou de outrem, um ato que importe efeito jurídico.”**

Os Códigos Penais europeus, como o italiano e o suíço, ambos da década de 1930 do século XX, passaram a criminalizar a conduta da extorsão em moldes similares aos que constam no Código Penal brasileiro, com a diferença de que o tipo exigia a efetiva obtenção da vantagem para sua consumação.

O Código Penal alemão do mesmo período mantinha a figura do crime formal, tendo optado pela criminalização exigente do resultado de obtenção da vantagem econômica somente a partir da edição do atual § 253 (1).<sup>69</sup> Essa circunstância tem confundido autores brasileiros na interpretação do tipo, especialmente na questão da consumação e tentativa, quando feita a partir de leitura de doutrina estrangeira.<sup>70</sup>

## 2 DO BEM JURÍDICO

O crime é complexo,<sup>71</sup> sem dúvida, tal qual o roubo, posto que aqui, novamente, se aflige a liberdade individual, a integridade física ou psíquica, e também o patrimônio.

No entanto, convém notar que, quanto à ofensa ao patrimônio, o crime é de perigo, pois a elementar patrimonial faz é um elemento subjetivo da pretensão conceitual de relevância, ou seja, não precisa constituir uma realidade fática.

De todo modo, a aflição ao bem jurídico patrimônio, se por um lado ocorre de forma mais velada, de outro, aparece em uma dimensão de amplitude superior ao que seria o ataque ao patrimônio no furto ou no roubo. É que não se trata apenas da propriedade *stricto sensu*, uma vez que aqui o objetivo do agente é obter indevida vantagem econômica. Trata-se, pois, de um ataque mais amplo ao patrimônio, incluindo ofensas de qualquer ordem que possam significar vantagem econômica, ainda que não necessariamente se traduzam em diminuição patrimonial à vítima.

Consiste em extorsão, por exemplo, o ato do industrial de ameaçar incendiar a fábrica do concorrente se este não deixar de colocar o seu produto no mercado. Note-se inclusive

---

- “§ 253 *Erpressung (1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*” (§ 253 Extorsão (1) Quem constringe outrem antijuridicamente com violência ou mediante ameaça com um mal relevante a fazer, tolerar ou omitir, e com isto inflige desvantagens ao patrimônio do constringido ou de outra pessoa, para enriquecer a si ou a outrem antijuridicamente, será castigado com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com multa.

- Nesse sentido, o comentário de FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 216-217.

- Essa é a opinião de BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 132.

que, neste caso, a vítima pode ser pessoa jurídica.<sup>72</sup>

Mesmo que se trate de um ataque patrimonial à coisa, esta pode ser inclusive coisa imóvel, que é insuscetível de roubo.<sup>73</sup>

Por outro lado, os meios de realização do constrangimento, de modo similar ao roubo, consistem em violência ou grave ameaça, aproximando-se do constrangimento ilegal, ao visar que a vítima faça, deixe de fazer, ou consinta que se faça alguma coisa.

Existe uma diferença essencial para com o roubo, que é a subtração que, no caso, não ocorre. Na extorsão é a vítima que faz ou não faz algo, ou entrega a coisa, após sofrer coação, enquanto no roubo ela tem a coisa subtraída.

Os meios de realização da aflição ao bem jurídico patrimonial implicam em violação de outro, qual seja, a tranquilidade ou a integridade física.

Os titulares dos bens jurídicos atingidos nem sempre são os mesmos. É possível que a violência ou grave ameaça seja empregada contra a mesma pessoa que se vê compelida a fazer ou deixar de fazer algo para produzir a vantagem econômica em favor do agente; mas pode ser também que a violência ou grave ameaça seja direcionada a pessoa diversa daquela que se vê compelida a produzir a vantagem econômica em favor do autor.<sup>74</sup>

### 3 DAS MODALIDADES DE TIPOS DE AÇÃO

O núcleo do tipo é a ação de constranger, que se traduz em uma obrigação, em uma imposição, realizada sob forma de grave ameaça ou violência à pessoa.

É um crime de forma vinculada, já que exige mecanismos específicos e para a produção do constrangimento: ameaça ou violência.

Não há limites para a forma de ameaça prevista como meio de realização do constrangimento. Apenas é certo que ela deve ser grave, ou seja, revestir-se de importância.

Caso a ameaça seja irrelevante, remanesce, residualmente, eventual estelionato.<sup>75</sup>

Alguns autores,<sup>76</sup> a nosso sentir equivocadamente, exigem que o mal enunciado seja de injusto. Essa exigência, porém, não consta do tipo.

Os objetos da ameaça, inclusive, não se restringem à promessa do mal físico, podendo consistir em “promessa de revelar fatos escandalosos ou difamatórios, secretos, para coagir o agente para comprar o silêncio do ameaçador. É a *chantage* dos franceses, ou o *blackmail* dos ingleses”.<sup>77</sup>

---

• Admitindo essa possibilidade expressamente BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 133.

• Nesse sentido, o comentário de GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 103

• Nesse sentido, FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 216.

• Idem, p. 218.

• Por exemplo, COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito penal. Parte Especial*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 85.

• HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 69-70.

A violência, por sua vez, pode ser qualquer forma de agressão, desde as lesões corporais até as vias de fato.

Esta coação, exercida pela violência pela grave ameaça, produz, na extorsão consumada, uma atitude de parte da vítima, consistente em fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

Parte da doutrina tem sustentado,<sup>78</sup> a nosso sentir, equivocadamente,<sup>79</sup> que se a obrigação de fazer recai sobre ato ilícito civil – como, por exemplo, obrigar um menor civilmente incapaz a assinar uma confissão de dívida<sup>80</sup> –, o caso seria de crime impossível, remanescendo, eventualmente, o constrangimento ilegal.

Não parece correto o entendimento, porque não é necessária à configuração do crime de extorsão a efetiva obtenção da vantagem econômica, basta que este seja um móvel da conduta do agente, que esteja expresso pelas circunstâncias do seu atuar. A efetiva obtenção da vantagem econômica por ele visada e sua viabilidade jurídica ou mesmo física são absolutamente irrelevantes para a configuração do tipo.<sup>81</sup>

Complementa a pretensão conceitual de relevância, ou seja, a dimensão formal do tipo de ação, um elemento subjetivo consistente na pretensão de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica. Note-se que o tipo utiliza a expressão *com o intuito*, que bem traduz uma pretensão e não uma realização.

Essa pretensão deve ser de obtenção de vantagem econômica, não necessariamente em favor do próprio autor do constrangimento, mas também podendo ser em favor de terceiros.

Ausente o elemento de pretensão de obtenção de vantagem econômica, poderá remanescer o crime de constrangimento ilegal, ameaça ou lesões corporais.

A vantagem pretendida deve ser indevida, o que significa que o eventual ato de compelir alguém a fazer algo com o intuito de obter uma vantagem devida poderá traduzir outra classe de crime, como, por exemplo, o exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal).<sup>82</sup>

### 3.1 Figuras especializadas

O § 1º do art. 158 prevê hipóteses especializantes do crime de extorsão, as quais são tratadas simplesmente como causas especiais de aumento, impondo-se a ampliação de fração de pena sobre a pena do crime principal.

São cogitados dois casos: a extorsão realizada com emprego de arma ou em concurso de pessoas.

---

· Assim PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2, p. 405, fazendo eco à posição de NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 260.

· No mesmo sentido da nossa crítica, veja-se, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 135.

· O exemplo é de Noronha, e aparece em NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 260.

· Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 135.

· Nesse sentido, FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 217; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 808.

Arma, para fins do artigo, inclui toda espécie de instrumento capaz de ser empregado como tal, seja arma própria ou imprópria.

O fundamento do agravamento da pena reside no risco para as pessoas atacadas e mesmo para terceiros, derivados do potencial emprego da arma.

O concurso de pessoas, ou seja, a prática da extorsão levada a cabo por duas ou mais pessoas, sofre um incremento de pena vinculado ao fundamento de que se encontra facilitado o trabalho quando ocorre uma divisão de tarefas. Desse modo, não importa que tenham sido identificados ou não os sujeitos que compõem a pluralidade de pessoas, nem tampouco que sejam eles imputáveis ou não. Havendo prova da existência de que o crime de extorsão foi praticado mediante desforço múltiplo, aquele a quem foi imputado o crime responderá pela forma agravada.

### 3.2 A distinção entre extorsão e roubo

A extorsão tem vários elementos comuns com o roubo, quais sejam, a imposição de violência ou grave ameaça e a pretensão de ganho econômico dirigido a si mesmo ou a terceira pessoa.

A diferença básica entre os tipos de ação reside ao redor do seu núcleo. Enquanto no roubo existe uma conduta de *subtrair*, na extorsão a conduta é de *constranger a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa*.<sup>83</sup>

Acontece que a doutrina diverge quanto à identificação desse elemento-chave de diferenciação, propondo conceitos dos mais diversos.

As lições clássicas de Hungria,<sup>84</sup> que se apoiavam nos comentários de Frank e Von Liszt, pretendiam impor o critério da entrega ou retirada da coisa, entendendo que “na extorsão, diversamente do roubo, é a própria vítima que, coagida, se despoja em favor do agente”, sendo assim, pode-se dizer que “no roubo, há uma *contractatio*; na extorsão, há uma *traditio*”.

Ocorre que não se pode negar que mesmo que a vítima entregue a carteira por um movimento físico realizado por ela própria não se pode negar o roubo, caso o autor tenha a arma encostada em sua cabeça e tenha proferido a clássica ameaça: – *a bolsa ou a vida!*

Uma segunda opinião, sustentada principalmente por Magalhães Noronha, baseia-se na relação de tempo entre o constrangimento perpetrado e o proveito econômico. Para este autor, “no roubo o mal é *iminente* e o proveito *contemporâneo*, enquanto na extorsão, o mal prometido é *futuro e futura* a vantagem a que se visa”.<sup>85</sup>

Tampouco esse critério parece correto, já que, mesmo sendo certo que no roubo a ameaça e o proveito são contemporâneos, nada impede que o mesmo se dê na extorsão. Conquanto nesta a obtenção de vantagem seja elemento subjetivo do tipo, não precisando estar presente concretamente, a eventual obtenção imediata da vantagem não desnatura, por si só, a extorsão.

A terceira posição, que nos parece mais correta, é referida por Maria Thereza Rocha de

---

- De modo similar o comentário de FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 218.

- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 66-67.

- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 266.

**Assis Moura e Marta Saad, para quem**

**“a ideia de separação entre roubo e extorsão deve ser diversa e se baseia, em verdade, na prescindibilidade ou não do comportamento da vítima. No roubo, a vítima está impossibilitada de exprimir uma vontade de qualquer gênero porque, na situação concreta, lhe foi tolhida toda faculdade de escolha. Com ou sem a entrega, o agente tem possibilidade de apoderar-se da coisa, de sorte que o comportamento do titular da coisa móvel é de todo irrelevante para efeitos práticos. Na extorsão, o agente não pode realizar o escopo útil a que se propôs, a não ser passando pelo trâmite de um comportamento da vítima, comportamento esse que pode ser negado, sem que o agente possa superar a negativa”.**<sup>86</sup>

**Assim, somente se pode falar em extorsão se a vantagem não poderia ser obtida mediante subtração, na hipótese concreta, demandando necessariamente atuação da vítima.**

**Há ainda uma quarta posição, defendida por Rogério Greco e Weber Martins Batista, procurando mesclar o critério de necessidade de colaboração da vítima com o do espaço de tempo. Para estes autores,**

**“se o agente ameaça a vítima ou pratica violência contra ela, visando a obter a coisa da hora, há roubo, sendo desimportante para a caracterização do fato que ele tire o objeto da vítima ou este lhe seja dado por ela. É que, nesta última hipótese, não se pode dizer que a vítima agiu, pois, estando totalmente e submetida ao agente, não passou de um instrumento de sua vontade. Só se pode falar em extorsão, por outro lado, quando o mal prometido é futuro e futura a obtenção da vantagem pretendida, porque neste caso a vítima, embora ameaçada, não fica totalmente a mercê do agente e, portanto, participa, ainda que com a vontade viciada, do ato de obtenção do bem”.**<sup>87</sup>

**Assim, para esse entendimento, “há necessidade de colaboração da vítima, conjugada com um espaço de tempo, mesmo que não muito longo, para que esta anua ao constrangimento e entregue a vantagem indevida ao agente”.**<sup>88</sup>

**O problema deste último critério é que a exigência de um tempo entre o constrangimento e a anuência ou não na entrega do bem relativiza demasiadamente a situação, deixando margem a dúvidas a respeito dos limites de incriminação. O critério da imprescindibilidade da participação da vítima resulta claro e seguro, discernindo todos os casos.**

**O tema é importante para o deslinde dos casos dos chamados sequestros-relâmpago, conforme visto a seguir.**

### **3.3 A polêmica questão dos sequestros-relâmpago**

**É sabido que a Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, introduziu uma agravante do crime de roubo, que pretendeu absorver as hipóteses de sequestro-relâmpago. Entretanto, é duvidoso o acerto na colocação de tal crime no contexto do roubo.**

**Isso porque nem todas as situações concretas podem efetivamente ser identificadas**

---

- In FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 808-809.

- BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, cit., p. 301.

- GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 102.



como roubo a partir do critério acima subscrito. Vale dizer: o sequestro-relâmpago para garantir a subtração do automóvel mediante a imposição de dificuldades para acionar o aparato persecutório, ou para lograr ingresso em determinado ambiente onde não seria possível sem o jugo da vítima, como um condomínio fechado ou um edifício, caracterizam a hipótese do roubo agravado.

Ao contrário, os casos específicos de violência ou grave ameaça à pessoa, em que o autor procura fazer com que a vítima retire valores de caixas eletrônicos, especificamente, são uma hipótese em que há dependência de algo que a vítima faça, que está além das possibilidades de obtenção do agente, sem a contribuição desta, que é justamente o acionamento da senha. Para tanto, é preciso que a vítima ou decline a sua senha para o autor, permitindo que este utilize o seu cartão bancário, ou é ela própria compelida a introduzir a senha na máquina de modo a permitir a subtração dos valores do caixa. Em qualquer dos casos, o autor depende de uma iniciativa da vítima, que ele pretende compelir, contra cuja resistência o agente não pode, por iniciativa própria, suprir a realização.

No roubo, no entanto, a eventual oposição de parte da vítima em ceder a coisa pode ser vencida pela realização da subtração à força.

Sabendo-se que, na extorsão, tanto é possível a realização do ato violento ou ameaçador, com a ocorrência do locupletamento futuro, quanto é possível a violência e o locupletamento acontecerem de modo imediatamente sucessivo, não se pode negar a existência de um ajuste perfeito das hipóteses de sequestro-relâmpago ao tipo penal de extorsão. Sendo este o critério de distinção mais seguro, não há dúvidas de que as hipóteses do chamado sequestro-relâmpago, quando dirigidas à subtração de valores de caixas eletrônicos, estão enquadradas no crime de extorsão.

Daí que, para abranger esses casos, foi editada a Lei nº 11.923, de 17 de abril de 2009, alterando a composição do § 3º do art. 158 do Código Penal, para adicionar, com pena própria, a hipótese da extorsão praticada *mediante restrição da liberdade da vítima*, sendo esta *condição necessária para a obtenção da vantagem econômica*.

Aparentemente, o legislador pretendeu alcançar a lacuna que ainda não havia preenchido completamente.

Ou seja, nos casos em que o constrangimento é aplicado mediante violência ou grave ameaça, com restrição de liberdade da vítima, visando à obtenção da vantagem econômica, *mas a efetiva consecução de tal vantagem depende obrigatoriamente de uma atitude da vítima que não possa ser suprida pela iniciativa do autor*, o caso será de *extorsão mediante restrição da liberdade*<sup>89</sup> (art. 158, § 3º, 1ª parte).

Isso não esvazia por completo o tipo penal do roubo agravado pela privação da liberdade da vítima. Apenas reduz o âmbito de sua aplicação às hipóteses em que o agente, para a subtração da coisa, não depende de nenhuma iniciativa da própria vítima.

#### 4 DA PRETENSÃO SUBJETIVA DE ILICITUDE

O crime é doloso. E diante da conjugação com um especial fim de agir que já o filtra *ab initio*, na pretensão conceitual de relevância, resulta impossível de realizar-se não só pela via imprudente, mas igualmente sob a forma de dolo eventual. Enfim, o tipo só comporta dolo direto.

---

- O termo é sugerido por Bitencourt para identificar o novo tipo, em BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. 3, p. 141.

## 5 PERMISSÕES FORTES E FRACAS

Evidentemente, as hipóteses permissivas, neste crime, são muito restritas. Não poderá haver situação de justificação legal na contraposição entre violência e grave ameaça à vítima, em face de um proveito econômico do réu.

No que tange ao consentimento, igualmente é irrelevante, porque, conquanto os efeitos patrimoniais do delito sejam relacionados a um bem jurídico efetivamente disponível, os meios de sua consecução, incluindo violência e grave ameaça, não são.

Não obstante, quando o tipo penal refere à possibilidade de configuração do delito quando a vantagem pretendida se destina a terceiro, acende a possibilidade de que alguém, constrangido por terceiro (na forma da permissão fraca descrita pelo art. 22 do Código Penal), possa ter realizado a extorsão.

Neste caso, a hipótese de permissão fraca não alcançará, evidentemente, o autor da ameaça inicial.

## 6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O tema da tentativa de consumação da extorsão era tormentoso e muito discutido pela doutrina.

Segundo a opinião de Hungria,<sup>90</sup> trata-se de crime formal ou de consumação antecipada, uma vez que, presente o constrangimento que leva alguém a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, o crime está consumado antes da obtenção da pretendida vantagem econômica.

Em posição contrária, sustentava Magalhães Noronha<sup>91</sup> que o crime é material, somente estando consumado com a efetiva obtenção do proveito injusto, consistente na vantagem econômica do ilícito.

O tema culminou por ser objeto do enunciado sumular nº 96 do Superior Tribunal de Justiça que, corretamente, entendeu que: “*O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida*”, como expressão da vitória da primeira posição.

Porém, isso não significa que o crime seja formal. Isso porque existe uma ação de constrangimento, consistente no emprego de violência ou grave ameaça, que deve produzir um resultado lógico e cronologicamente destacado dela que é o fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa por parte da vítima.<sup>92</sup>

Isto não significa que a vantagem econômica precise concretamente ser obtida. Suponha-se que a extorsão consiste em chantagem exigindo dinheiro para deixar de

---

- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. VII, p. 74. Fragoso defendia ideia semelhante (cf. FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 216), atribuindo a posição diversa a uma confusão de determinados autores, pelo estudo de doutrina estrangeira, cujos códigos penais continham a mesma incriminação com conteúdo diverso, exigindo, para a consumação, a efetiva obtenção da vantagem.

- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 265.

- Veja-se, a respeito, nesta obra, idêntica solução e classificação doutrinária que oferecemos ao crime de constrangimento ilegal (Cap. VI, art. 146, item 6, *supra*).

publicizar um fato. É desnecessário, para a consumação, que o agente receba o dinheiro. O simples ato de a vítima atuar no sentido da obtenção da quantia, sacado do banco, vendendo um bem ou fazendo um empréstimo, por exemplo, constitui um fazer determinado pela conduta do agente que é produto da intimidação e, portanto, resultado material (destacado lógico e cronologicamente) da conduta.

A tentativa, portanto, é possível, já que inevitavelmente pode ser que o agente empregue a violência ou a grave ameaça contra pessoa, e não consiga produzir o resultado pretendido de que esta faça, tolere que se faça, ou deixe de fazer alguma coisa.<sup>93</sup>

## 6.1 O exaurimento e a questão do flagrante

O crime de extorsão é material, como visto, consumando-se com a realização efetiva de algo, ou com a não realização de algo, ou ainda, com a anuência a determinada prática, todos resultados oriundos de um constrangimento movido por violência ou grave ameaça.

A consumação, portanto, é instantânea, tem momento certo de ocorrência, quando o sujeito realiza algo, quando tolera que algo seja realizado contra sua vontade, ou quando surge a possibilidade de atuar e ele é compelido a omitir-se.

A vantagem econômica, se obtida, constitui claramente um exaurimento do crime.

Ocorre, porém, de não ser incomum na *praxis* forense a realização de prisões ditas “em flagrante” que se dão no exato instante da entrega da vantagem ao agente.

Acontece que o crime é instantâneo e já foi consumado, pelo que, a hipótese, salvo tenha havido perseguição constante desde a exigência (hipótese remota de flagrante impróprio), não existe.<sup>94</sup>

## 7 QUESTÕES DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. LIMITES DO ALCANCE DO TIPO

Trata-se de um crime comum, que não exige nenhuma especial condição do sujeito ativo.

Ao contrário, se o sujeito ativo for funcionário público é possível que se esteja diante de um crime de concussão (art. 316 do Código Penal).<sup>95</sup>

Haverá concussão e não extorsão se o agente é funcionário público e se exige a vantagem em razão de sua função, mesmo que seja antes de assumi-la, ou se esteja de qualquer modo afastado dela.

Além disso, a jurisprudência tem reconhecido<sup>96</sup> que a concussão deve ser realizada

---

- Cf. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 809. Também FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 217.

- Subscrevem a opinião RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 611; e GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 105-106.

- Cf. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p.807; FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. II, p. 218.

- Assim, por exemplo, no HC 72.936-3 – Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 6/10/1995.

através de um constrangimento que não implique violência ou grave ameaça, circunstâncias que, se presentes, convertem o crime em extorsão, opinião compartilhada por certo setor da doutrina.<sup>97</sup>

Finalmente, a vantagem, na extorsão é somente de natureza econômica, enquanto que, na concussão, não há qualquer referência do tipo de ação a uma pretensão econômica, configurando o crime a pretensão de obtenção de vantagem de qualquer natureza.<sup>98</sup>

## 7.1 A participação em fase de exaurimento

É possível que a participação do agente ocorra somente na fase do exaurimento, ou seja, no momento da obtenção da vantagem, que não é necessária para a configuração do crime. A hipótese é aventada por Rogério Greco:<sup>99</sup>

“imagine-se a hipótese em que o agente, depois de constranger a vítima mediante violência ou grave ameaça, marque com ela a data e local para que lhe seja entregue a indevida vantagem econômica. Antes da data prevista para a entrega da indevida vantagem econômica, mas posteriormente a prática do constrangimento, o agente convida a uma terceira pessoa que teria a missão de se encontrar com a vítima, a fim de que lhe fosse entregue a indevida vantagem econômica”.

Neste caso, naturalmente, a participação do terceiro não configura participação no crime de extorsão, já consumado, mas sim a prática de uma prestação de auxílio ao criminoso, na forma prevista pelo crime de favorecimento real, do art. 349 do Código Penal.<sup>100</sup>

## 8 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. PRETENSÃO DE PUNIBILIDADE

O § 2º do art. 158 prevê a aplicação à extorsão do disposto no § 3º do artigo anterior, qual seja, a pena correspondente às hipóteses de roubo agravado pela lesão grave e o latrocínio. Ou seja, também a extorsão de que resulta lesão grave ou morte terá penas idênticas àquelas previstas para tais resultados provenientes do crime de roubo.

A doutrina reconhece como justificativa deste proceder a similitude entre os crimes de extorsão e de roubo.<sup>101</sup>

O fato é que o acréscimo de pena sofrida pelo latrocínio em função do advento da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), afetou necessariamente o crime de extorsão, pela via oblíqua da remessa integral do tema prevista neste § 2º.<sup>102</sup>

---

- Assim, por exemplo, GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 104.

- Nesse sentido, GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 104.

- GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 107.

- A mesma opinião é defendida por GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal. Parte Especial*, cit., v. III, p. 107, que menciona, em sentido contrário, a posição de Nilo Batista (In BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 88), para quem a coautoria sucessiva alcança o exaurimento.

- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 810.

- Nesse sentido, FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação*, cit., p. 810.

**Outra questão de preceito remetido relativo à norma secundária está na parte final do § 3º do art. 158, que remete as penas da *extorsão mediante restrição da liberdade*, que resulta em lesão grave ou morte, às previsões penais relativas à extorsão mediante sequestro da qual resultam tais gravames (art. 159, § 2º e § 3º do Código Penal), impondo, assim, para a espécie, uma pena de 16 a 24 anos, se da extorsão mediante restrição da liberdade resulta lesão grave, e pena de 24 a 30 anos, se da extorsão mediante restrição da liberdade resulta morte.**