
Da consumação e tentativa do crime de roubo agravado pelo resultado morte

Eliara Bianospino Ferreira do Vale*

1 INTRODUÇÃO

A ocorrência significativa dos crimes patrimoniais na atualidade e, notadamente daqueles que resultam na morte da vítima, reacende a discussão acerca dessa modalidade delitiva. A desigualdade social, o desejo de aquisição na era do consumo, a banalização da vida ao lado da ganância desenfreada dos agentes, tem refletido na composição da massa carcerária que aproximadamente em sua metade cumpre pena em razão da prática de delitos contra o patrimônio.

O roubo agravado pelo resultado morte do ofendido, comumente denominado de “latrocínio” está previsto na parte final do § 3º do art.157, do Código Penal brasileiro. Surgem muitas dúvidas e questionamentos da análise desse tipo penal derivado, desde sua classificação como crime de dano e complexo, sobre a competência para o processo e julgamento do delito, acerca de sua natureza patrimonial, quanto à extensão da hediondez da conduta, entre outras.

*Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Pós-graduação e Extensão. Pós-graduanda em Direito Penal pela Universidade Paulista. Docente da Universidade Paulista (UNIP), campus de Bauru e advogada.

A consumação e a tentativa do crime de roubo agravado pelo resultado morte ou latrocínio serão também pesquisadas, pois o tema revela importância diante de decisões díspares e entendimentos diversos acerca da mesma questão.

A pesquisa se mostra útil para fins de reflexões acerca do tipo penal e da crescente criminalidade patrimonial, buscando a uniformização dos julgados, a análise de doutrina e de posicionamentos sumulados, a proporcionalidade nos entendimentos e, sobretudo, a preservação da segurança jurídica do cidadão em relação ao limite de punir estatal.

Será utilizado o método dedutivo, partindo-se do assunto geral, ou seja, o delito de roubo e sua evolução para a análise de suas formas simples, com causa de aumento de pena ou “qualificadas” e as agravadas pelo resultado lesão corporal grave ou morte, bem como sua classificação doutrinária e questões correspondentes, culminando na investigação do objeto em particular, a consumação e tentativa do roubo agravado pelo resultado morte ou latrocínio.

2 DO ROUBO

Primeiramente há de se fazer uma digressão da tipificação do roubo, trazer seu conceito legal e doutrinário, culminando na análise do tipo vigente para depois tecer algumas considerações sobre a consumação e tentativa de uma de suas formas agravadas pelo resultado, no caso a morte da vítima.

O delito de roubo sempre gerou discussões. Inicialmente era tratado como espécie de furto como aumento de pena, atualmente reconhecido como tipo autônomo. Ambos têm em comum a subtração patrimonial, mas o elemento violência contra a pessoa apresenta-se como diferenciador entre eles e elementar daquele.

Quanto à evolução história do reconhecimento do roubo como delito, faz-se presente a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

Na Idade Média, o roubo não foi ignorado pelos direito romano e germânico, que, guardadas as proporções, contribuíram com sua evolução; para o direito germânico a violência empregada em sua execução era fator preponderante do crime de roubo, ao passo que o direito romano, mais preciso, reconhecia que a maior gravidade da infração penal situava-se na existência de ofensa a duas objetividades jurídicas distintas; de um lado a patrimonial e, de outro, a ofensa à pessoa (liberdade e integridade). Os Códigos sardo, toscano e Zanardelli admitiam o crime de roubo, embora confundissem a violência contra a coisa (típica do furto violento) e a contra a pessoa, exclusiva do roubo. As ordenações Filipinas, com precária e prolixa linguagem, criminalizavam o crime de roubo como infração penal autônoma (livro V, Título LXI).

Os três Códigos Penais brasileiros (Código Criminal de 1830, Código republicano de 1890 e o atual Código Penal de 1940) não ignoraram a existência de distinções entre furto e roubo. O código criminal do império retrocedeu em relação às ordenações

Filipinas ao não distinguir a violência contra a coisa e contra a pessoa, equiparando-se no crime de roubo. Sem grande melhora, o Código republicano disciplinou o crime de roubo nos arts. 356 a 358. Somente o atual Código Penal purificou a figura do crime de roubo, ao afastar dela a violência contra a coisa, que, com acerto, vai alojar-se no crime de furto qualificado. (BITENCOURT, 2009, p.67)

O crime de roubo no ordenamento jurídico vigente está previsto no Código Penal, no Capítulo II denominado “Do roubo e da extorsão”, do Título II que corresponde aos “Crimes contra o patrimônio”, que especificamente em seu artigo 157 dispõe:

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 - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

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)

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

O conceito extraído da obra de Bittencourt é o seguinte:

O roubo nada mais é do que o furto “qualificado” pela violência à pessoa. Por mais que se queira inovar na definição do crime de roubo, a despeito do nomen iuris próprio e de pena autônoma, não se pode negar sua similitude com o furto qualificado com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa ou de qualquer outro meio para impossibilitar sua resistência (...)

O Código Penal de 1940 adotou, em termos de furto e roubo, o sistema seguido pela Alemanha e, particularmente, pela Itália, classificando como roubo somente a subtração cometida com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa; e como furto qualificado a subtração praticada com violência à própria coisa. (BITENCOURT, 2009, p.69)

Trata-se o crime de roubo de uma infração complexa, já que composta pela fusão de condutas típicas como o furto e o constrangimento ilegal ou furto e lesão corporal. Essa união de duas condutas delituosas dá origem a uma terceira infração, a complexa.

O crime de roubo é pluriofensivo, pois ofende o patrimônio e a integridade física e psíquica da vítima, onde a intenção final é a subtração patrimonial.

É classificado pela doutrina como crime comum, pois não exige qualquer condição especial do agente. Delito de dano, pois se consuma somente com a lesão efetiva ao patrimônio, consistente ainda em crime material porque que exige resultado da diminuição do patrimônio da vítima e a ofensa a sua integridade e liberdade.

É tido como delito comissivo porque só pode ser praticado por meio de conduta positiva, ou seja, mediante ação; é doloso, pois exige a vontade livre e consciente do agente para subtração violenta, não existindo forma culposa;

O roubo é crime de forma livre, isto é, pode ser praticado por qualquer meio, forma ou modo e instantâneo, pois sua consumação não se posterga no tempo. É unissubjetivo já que pode ser praticado por um único agente e plurissubistente, em razão de poder ser desdobrado em diversos atos que integram uma mesma conduta.

Tal delito tem como objeto jurídico, ou seja, tutela bens como a posse e a propriedade material, a integridade física e a liberdade individual do indivíduo.

Sintetizando, são bens jurídicos protegidos pelo art.157 e seus parágrafos, além do patrimônio (posse, propriedade e detenção), a liberdade individual (constrangimento ilegal), a integridade física (lesão corporal) e a vida das pessoas (morte, no latrocínio). (BITENCOURT, 2009, p. 70)

Insta frisar que a propriedade imaterial está tutelada em Título próprio (Título III, do Código Penal), subsequente a este e em Leis especiais.

O objeto material no crime de roubo é duplo. É tanto a coisa alheia móvel como a pessoa humana, que não precisa ser necessariamente a mesma que sofreu a violência pessoal e a subtração da coisa móvel.

O sujeito ativo no crime de roubo pode ser qualquer pessoa, com exceção do possuidor ou proprietário do bem, pois se este praticar a subtração poderá, em tese e dependendo das circunstâncias e do dolo, responder pelo crime de exercício arbitrário das próprias razões (art.345, CP)¹ e sanção por eventual violência. Trata-se como dito alhures de crime comum, onde não há qualquer exigência legal de qualidade específica do agente.

¹ Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

O sujeito passivo é aquele que sofre a subtração e grave ameaça ou violência. Pode ser o titular do direito de propriedade ou posse ou não; qualquer pessoa atingida pela ameaça, violência ou que tenha tido reduzida sua resistência

Sintetiza Cezar Roberto Bitencourt “a vítima pode ser o proprietário, o possuidor e, eventualmente, o mero detentor da coisa, ou até mesmo terceiro que sofra a violência.” (BITENCOURT, 2009, p. 68)

Segundo Capez:

A ofensa perpetrada no crime de roubo pode ser:

a) Imediata: é a perpetrada contra o titular do direito de propriedade ou posse (p. ex., violência empregada contra o dono da loja para que este entregue o dinheiro do caixa);

b) mediata: é a empregada contra terceiro que não seja titular do direito de propriedade ou posse (p. ex., agente que ameaça com arma de fogo o empregado da loja para que este lhe entregue o dinheiro do caixa). (CAPEZ, 2012, p. 464)

O tipo objetivo consiste no verbo subtrair, que significa retirar, tirar da posse ou domínio, apoderar-se, no caso, de coisa alheia móvel. Exige modo de execução específico consistente na violência física (*vis corporalis ou physica*) ou grave ameaça (*vis compulsiva ou animo illata*) ou outro meio que reduza a resistência.

Quanto à violência:

Essa violência pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases et. A violência pode ser empregada pela omissão, submetendo, por exemplo, o ofendido a fome ou sede com a finalidade de fazê-lo ceder a vontade do agente. A violência poderá ser imediata, quando empregada diretamente contra o próprio ofendido, e mediata, quando utilizada contra terceiro ou coisa a que a vítima esteja diretamente vinculada (BITENCOURT, 2009, p.70/71)

O STF já decidiu que “a violência física caracterizadora do crime de roubo, consiste no emprego de força física sobre a vítima, tolhendo a liberdade de seus movimentos como meio de subtração da coisa, não sendo necessário que ocorra lesão corporal, bastando a via de fato.” (RT593/453)

Damásio Evangelista de Jesus resume em poucas palavras as espécies de violência:

1ª) própria: emprego de força física, consistente em lesão corporal ou vias de fato; 2ª) imprópria: emprego do “qualquer outro meio” descrito na norma incriminadora, abstraída a grave ameaça; 3ª) imediata: contra o titular do direito de propriedade ou posse; 4ª) mediata: contra um terceiro; 5ª) física: emprego da *vis absoluta* (força física); 6ª) moral: emprego da *vis compulsiva* (grave ameaça). (JESUS, 2012, p.682)

A grave ameaça ou violência moral é aquela capaz de infundir medo na vítima, deixando-a atemorizada, inibindo ou anulando a vontade e a ação do ofendido. A ameaça deve consistir na promessa de mal futuro ou imediato, bem como determinado.

A violência moral pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Mas somente a ameaça grave, isto é, aquela que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se a sua liberalidade de querer e de agir (BITENCOURT, 2009, p. 71)

Quando o legislador determina como elementar do delito de roubo o *modus operandi* consistente em qualquer outro meio de redução da resistência da vítima, adotou uma fórmula genérica tipificando qualquer outro meio que se assemelhe à violência (real ou moral) e que por ela não abrangida. A doutrina cita como exemplo o uso de substância entorpecente, da hipnose, de substância tóxica ou areia nos olhos da vítima, além da superioridade física ou numérica.

O tipo subjetivo é consubstanciado no dolo, exigindo o elemento subjetivo do tipo consistente no *animus rem sibi habendi*, isto é, vontade livre e consciente de ter a coisa para si, mediante violência, ameaça ou redução da resistência da vítima. Não comporta modalidade culposa, evidentemente.

É de bom alvitre lembrar que ao delito de roubo prepondera a posição de impossibilidade de reconhecimento do Princípio da Insignificância, posto que envolve violência e grave ameaça à pessoa, bem como é incabível a figura do roubo de uso. Ademais, não há como reconhecer qualquer privilégio como a exemplo do que ocorre no furto.

Não se pode aplicar ao roubo o princípio da insignificância, ainda que o objeto material seja de ínfimo valor, pois não pode ser tida como irrelevante que é constituída do emprego de meio que pode lesar seriamente bens jurídicos importantes, como a integridade física, a tranquilidade psíquica etc. também é desconhecido da lei penal comum roubo de uso e, mesmo mesmo ao falar-se em crime impossível, por inexistência de bem a ser subtraído, restara residualmente outro ilícito a ser imputado ao acusado. O pequeno valor da coisa subtraída não acarreta a redução ou substituição da pena, medidas previstas para o furto (art.155, § 2º). (MIRABETE, 2011, p.995)

Trata-se de crime complexo, que protege outros bens além do patrimônio, de forma que a violência ou a grave ameaça não podem ser consideradas de menor relevância, configuradora do delito de bagatela. (NUCCI, 2007, 682).

A ação penal é pública incondicionada e o procedimento é aquele previsto no art. 394 e seguintes do Código de Processo Penal ². A competência é do juiz singular da Justiça estadual, em regra.

² Procedimento comum ordinário (art.394, § 1º, CPP).

2.1 ESPÉCIES DE ROUBO: PRÓPRIO E IMPRÓPRIO

A doutrina divide em duas figuras o crime de roubo, o roubo próprio e o impróprio. O roubo próprio está previsto no *caput* do art. 157 e o impróprio é aquele estabelecido pelo legislador no § 1º do mesmo artigo ³.

Ambos são apenados com pena privativa de liberdade em reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa. Têm o mesmo objeto jurídico e material e os mesmos sujeitos. Os dois são dolosos, mas o impróprio exige um fim especial de agir, consistente em assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para outrem.

A principal diferença entre essas espécies é o momento em que é empregada a violência ou grave ameaça e a finalidade a que se prestam.

No roubo próprio a violência é empregada no início ou durante a subtração da coisa e no impróprio a grave ameaça ou violência é posterior à retirada do bem. No roubo próprio a violência é cometida a fim de viabilizar a subtração e no impróprio, o constrangimento ou a violência serve para garantir a posse ou assegurar a impunidade do crime, como por exemplo, para evitar a prisão em flagrante ou a identificação do meliante.

No roubo impróprio, ao contrário do roubo próprio, não há previsão legal, como executivo, da utilização de “qualquer outro meio”, limitando-se ao emprego de violência ou grave ameaça (BITENCOURT, 2009, p. 77)

Para Capez:

Pela expressão “logo depois”, deve-se entender a imediatidade entre a retirada do bem e o emprego da violência ou grave ameaça. A demora entre uma ação (subtração) e outra (violência ou grave ameaça) poderá caracterizar o concurso material entre o crime de furto e o crime contra a pessoa (lesão corporal, homicídio, constrangimento ilegal, ameaça). (CAPEZ, 2012, p. 469)

Portanto, a expressão “logo depois de subtraída a coisa” fixa o limite temporal do roubo impróprio, exigindo violência ou ameaça imediata à subtração.

2.2 ROUBO COM CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA OU ROUBO “QUALIFICADO”

Há circunstâncias que o legislador elegeu como de maior reprovação à conduta do agente do crime de do roubo.

³ 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.

Essas hipóteses estão previstas no § 2º, inciso I a V do art.157, do Código Penal ⁴ e correspondem a meios, modos ou fins ou ainda, dada a natureza do instrumento, forma de execução ou espécie do objeto material do delito, autorizando o aumento da pena do agente do crime de roubo em 1/3 (um terço) até ½ (metade).

Trata-se de causa especial e aumento de pena equivocadamente denominada de qualificadoras ou figuras qualificadas do roubo, além de designadas como roubo circunstanciado.

Nesse sentido a afirmação de Cezar Roberto Bitencourt: “por isso, convém registrar que as circunstâncias enunciadas no § 2º do art. 157 constituem simples majorantes ou, se preferirem, causas de aumento de pena.” (BITENCOURT, 2009, p. 80)

A Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirma que o § 2º do art. 157 tem natureza jurídica de causa especial de aumento de pena ao estabelecer “o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

Para melhor compreensão, a seguir se faz necessária a análise de cada causa de aumento de pena ou “qualificadora” prevista no tipo penal do roubo.

2.2.1 Causas de aumento de pena do roubo

Configura o aumento de pena do roubo praticado com o emprego de arma (art. 157, § 2º, I, CP), não configurando obviamente, tal circunstância crime autônomo de porte ilegal de arma de fogo.

O conceito de arma para caracterização da majorante é muito importante:

Cuida-se aqui das chamadas armas próprias, ou seja, dos instrumentos especificamente criados para o ataque ou defesa (arma de fogo: pistolas, revólveres; arma branca: estilete; explosivos: bombas) e impróprias, isto é, os instrumentos que não foram criados especificamente para aquela finalidade, mas são capazes de ofender a integridade física (facão, faca de cozinha, canivete, machado, barra de ferro). O fundamento dessa causa de aumento é o poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, anulando-lhe a sua capacidade de resistência. (CAPEZ, 2012, p.471)

4 157 (...) § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; 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; V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade

Arma é o instrumento utilizado para defesa ou ataque. Denomina-se arma própria a que é destinada primordialmente ao ataque ou defesa da pessoa como arma de fogo, punhal, espada, lança etc e as armas impróprias como a cadeira, o martelo ou qualquer outra ferramenta. O tipo penal vale-se da aceção ampla do termo, ou seja, refere-se tanto às armas próprias como as impróprias, pois ambas apresentam maior perigo à incolumidade da vítima. (NUCCI, 2009, p.689).

Prospera o entendimento de que a arma defeituosa, a descarregada ou o simulacro não exasperam a pena do roubo que, deverá ser imputado ao agente na sua forma simples.

A inidoneidade lesiva da arma (de brinquedo, descarregada ou simplesmente à mostra), que não pode ser suficiente para caracterizar a ameaça tipificadora do roubo (caput), não tem o mesmo efeito para qualifica-lo, a despeito do que pretendia a equivocada sumula 174 do STJ, em boa hora revogada, atendendo à suplica unânime da doutrina nacional. O fundamento dessa majorante reside exatamente na maior probabilidade de dano que o emprego da arma (revolver, faca, punhal etc.) representa e não no temor maior sentido pela vítima. (BITENCOURT, 2009, p 81)

Contudo, há quem entenda de forma contrária:

Não importa o poder vulnerante da arma, ou seja sua potencialidade lesiva, bastando que ela seja idônea a infundir maior temor na vítima e assim diminuir sua possibilidade de razão. Trata-se, portanto, de circunstância subjetiva. Assim, a arma de fogo descarregada ou defeituosa ou o simulacro de arma configuram a majorante em tela, pois o seu manejo, não obstante a ausência de potencialidade ofensiva é capaz de aterrorizar a vítima. (CAPEZ, 2012, p.471)

Pondera Bitencourt que a “arma finta” ou de brinquedo não pode exasperar a pena do agente porque o Princípio da Tipicidade impede interpretação extensiva. Como o legislador não se socorreu de nenhuma fórmula genérica, equiparando à arma “qualquer objeto capaz de intimidar”, é impossível admitir a majoração do roubo ameaçado com brinquedo como se fosse com arma. (BITENCOURT, 2009, p.83)

O melhor entendimento é o de que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) cancelou a Súmula 174⁵ que considerava a arma de brinquedo apta a qualificar o roubo e o de que a Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), nos artigos 14 e 16 não mais considera a arma de brinquedo ou simulacro para caracterização do tipo, ao contrário do que ocorria na vigência da Lei nº 9.437/97 que equiparava ao porte ilegal de arma de fogo a utilização de arma de brinquedo capaz de atemorizar alguém em práticas delituosas (art. 10, § 1º, II).

5 Súmula 174 STJ “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”. Em 24 de outubro de 2001 a 3ª Seção do STJ cancelou a referida Súmula por maioria de votos no REsp 213.054-SP, Rel. Arnaldo da Fonseca.

O roubo praticado em concurso de duas ou mais pessoa também sofre o aumento de pena por força do inciso II, do § 2º, do art.157, do CP. Subsiste a causa de aumento de pena ainda que outro agente seja inimputável.

Segundo Fernando Capez há duas correntes para a caracterização da causa de aumento de pena do concurso de agentes:

Para uma corrente apoiada por Nelson Hungria, é necessária a presença *in loco* dos concorrentes, ou seja, a cooperação deles na fase executiva do crime (...) para outra corrente, compartilhada por Damásio e Mirabete, incide a majorante ainda que os agentes não realizem os atos executórios, bem como não se encontrem no local do crime (CAPEZ, 2012, p.476)

Prospera a avaliação de que nem todos os agentes precisam estar presentes e realizar os atos executórios, havendo inclusive punição de coatores e partícipes, até mentais da infração, nos moldes do art. 29, do Código Penal. ⁶

A pena do delito de roubo também sofrerá acréscimo se a vítima estiver a serviço de transporte de valores e o agente souber disso (art. 157, § 2º, III, CP). Assim, não se aplica a majorante em caso de a vítima trazer coisa própria ou alheia sem que esteja prestando tal serviço.

A pena será agravada se a vítima, regra geral por dever de ofício (caixeiro viajante, empresa de segurança especialmente contratada para transporte de valores), realiza transporte de valores (dinheiro, joia etc). O sujeito ativo deve ter consciência de que a vítima está em serviço de transporte de valores.(...) Tal não ocorre, por exemplo, no caso de roubo de valores recebidos diariamente pelo motorista de táxi, pois este não se encontra na condição de prestador de serviço de transporte de valores. (CAPEZ, 2012, p.476)

Sobre a extensão e significado da expressão "valores" e as características do sujeito passivo Cezar Roberto Bitencourt ressalva:

Os valores podem consistir em dinheiro ou qualquer outro bem valioso passível de ser transportado, tais como títulos, joias, ouro, pedras preciosas etc., desde que suscetível de ser convertido em dinheiro, como sustentava Bento de Faria, os frequentes assaltos a os "carros fortes" constituem essa qualificadora (...) sujeito passivo desta majorante não pode ser, em hipótese alguma, o proprietário dos valores transportados". Logo, sendo roubado o próprio dono ou proprietário, quando se encontra transportando valores, não incide a majorante. (BITENCOURT, 2009, p.84)

⁶ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Haverá ainda a exasperação da pena se o roubo for de veículo automotor e se for transportado para outro Estado ou para o exterior, nos termos do art. 157, § 2º, IV do CP.

Seguindo a política criminal capitalista, para a qual o patrimônio é muito mais valioso que a própria vida, que orientou a inclusão do § 5º no art. 157, a Lei nº 9426/96 transformou a mesma conduta de subtrair automotores em majorante do crime de roubo, com a inclusão do inciso IV no § 2º do art. 157. (...) é indispensável, a exemplo da figura similar de furto, que este “venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”, atividade que poderá caracterizar um *posterius* em relação ao crime anterior já consumado. (BITENCOURT, 2009, p.84)

Por fim, incidirá a causa especial de aumento de pena caso o agente do roubo mantenha a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. Esse inciso V este introduzido ao tipo em 24/12/1996 pela Lei nº 9426 a fim de inibir o denominado “sequestro relâmpago”. A Lei nº 11.923/2009 acrescentou posteriormente o § 3º ao art. 158 do Código Penal prevendo tal figura como extorsão qualificada.

Essa previsão, de todas as novidades trazidas por uma lei não muito feliz (lei n. 9.426/96) parece-nos a mais adequada. No entanto, a restrição da liberdade poderá, dependendo das circunstâncias, assumir a natureza de outro crime, como, v.g., os arts. 148 e 159, em concurso com o crime de roubo, na medida em que priva a vítima de sua liberdade ou, até mesmo, configurar outro crime mais grave, absorvendo, no caso o roubo, por exemplo, a extorsão mediante sequestro (art.159). (BITENCOURT, 2009, p.85)

As causas de aumento do § 2º do art. 157 não incidem sobre as formas agravadas pelo resultado previstas qualificadas do § 3º, mas tão somente sobre o roubo na sua forma simples, posto que o legislador estabeleceu pena consideravelmente maior, de reclusão de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, caso ocorra roubo agravado pela lesão corporal e de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos na hipótese de morte da vítima, além da multa em ambos os casos.

Ademais, trata-se de uma questão de metodologia seguida pelo legislador em que a causa especial de aumento de pena (qualificadoras) deve relacionar-se somente a parágrafos que lhe antecedem (roubo próprio e impróprio). Há de se alegar *bis in idem* se o magistrado fixar a pena do latrocínio em anos de reclusão e ainda aumentar a reprimenda em razão da causa de aumento ou forma qualificada do roubo.

Sobre a inadmissibilidade da aplicação cumulativa do § 2º às hipóteses previstas no § 3º do art. 157 do Código Penal o Supremo Tribunal federal assim se pronunciou:

Impondo-se maior punibilidade, em decorrência da maior gravidade do resultado (se resulta lesão corporal de natureza grave ou se resulta morte), não caba a aplicação das

agravantes genéricas do citado § 2º, porquanto a proceder-se de tal arte, incorrer-se-á em verdadeiro *bis in idem* (RTJ 98/476)

Com efeito, o roubo pode ser simples (art. 157, caput e § 1º) ou sobre a pena deste incidir as causas especiais de aumento de pena, aqui mencionadas (art.157, § 2º) e designadas usualmente de qualificadoras. Caso haja resultado mais gravoso, a exemplo de lesão corporal ou morte da vítima aplicar-se-á a regra do § 3º do mesmo artigo, cuja análise se desenrola a seguir.

2.3 ROUBO AGRAVADO PELO RESULTADO

Há no tipo penal do roubo duas formas em que as penas são agravadas ou majoradas em razão da ação resultar em lesão corporal grave ou na morte da vítima.

Essas consequências do crime exigem maior reprovação social da conduta do agente que, para subtrair coisa alheia móvel usa de violência e causa lesão grave ou a morte do ofendido.

Prevê o artigo 157 § 3º “se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.” (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Os crimes agravados pelo resultado têm previsão no art 19 do CP que dispõe: “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

Guilherme Nucci conceitua o crime agravado ou “qualificado” pelo resultado como:

Delito que possui um fato-base, definido e sancionado como crime, embora tenha, ainda, um evento que o qualifica, aumentando-o-lhe a pena, em razão da sua gravidade objetiva, bem como existindo entre eles um nexo de ordem física e subjetiva. Quando um roubo (fato-base) ocorre o resultado “morte da vítima em face da violência empregada” (evento qualificador), está-se diante de um crime qualificado pelo resultado, cuja pena é bem maior que a prevista para o delito-base. (NUCCI, 2007, p.199)

Observe-se que o art. 19 exige ao menos a culpa como elemento subjetivo para caracterização do resultado. Para o legislador, o resultado não foi desejado em alguns casos, mas por ser previsível, poderia ser evitado pelo agente.

Pela interpretação do citado art. 19 não basta para a responsabilização penal, o nexo de causalidade entre a ação e o resultado agravador do crime, afastando deste modo, a imputação decorrente de responsabilidade objetiva.

Ressalte-se, no roubo a subtração é sempre dolosa, contudo, o resultado lesão corporal ou morte é que pode decorrer de conduta dolosa ou culposa (crime preterdoloso ou preterintencional), dependendo do caso concreto,

Então, o crime agravado pelo resultado não é sinônimo de crime preterintencional. É gênero no qual há a espécie preterdolosa. Observe as doutrinas abaixo colacionadas:

O crime preterdoloso ou preterintencional é um crime misto quanto ao elemento subjetivo: há uma conduta dolosa, por dirigir-se a um fim típico, que é culposa pela causação de outro resultado, não objetivo do crime fundamental. Não se trata de uma nova fórmula de dolo ou de culpa; é a combinação de dois elementos subjetivos: dolo no antecedente e culpa no consequente (MIRABETE, 2011, p.96)

Anote-se o exemplo doutrinário:

Referido resultado agravador pode resultar de culpa como, por exemplo, o agente desfere soco na vítima com o fim de subtrair-lhe o bem, vindo ela a cair, bater a cabeça em uma pedra e sofrer ferimentos graves. Trata-se de hipótese de crime preterdoloso. Dolo no antecedente roubo e culpa na lesão corporal grave. Não admite tentativa. Contudo, o resultado gravoso pode resultar de dolo, direto ou eventual. Se o agente para roubar joga ácido no rosto da vítima há consciência ou assunção do resultado da ação e portanto dolo, admitindo-se a tentativa. (CAPEZ, 2012, p. 479/480)

Endossa Cezar Roberto Bitencourt:

Constata-se que, pela técnica legislativa empregada, pretendeu o legislador criar duas figuras de crimes qualificados pelo resultado, para alguns, crimes preterdolosos. (...) Contudo, na hipótese em apreço, a extrema gravidade das sanções cominadas uniu o entendimento doutrinário, que passou a admitir a possibilidade, indistintamente, de o resultado agravador poder decorrer tanto de culpa quanto de dolo, direto ou eventual. (BITENCOURT, 2009, p. 90)

É pacífico que o § 3º do art.157 tem aplicação tanto ao roubo próprio quanto ao impróprio, pois é indiferente se o momento do agravamento pela lesão ou morte se deu antes ou após a subtração.

Se a vítima da violência for diversa daquela da subtração, prospera o entendimento de que haverá crime único com pluralidade de sujeitos passivos, devendo a pluralidade de mortes servir de circunstância judicial (art.59, CP)⁷ desfavorável ao agente. Todavia, há quem insista que deva incidir a regra do concurso material ou formal.

⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

2.3.1 Roubo agravado pelo resultado lesão corporal grave

Em razão da maior gravidade do resultado ou das consequências do crime à vítima, há previsão legal de aumento da punibilidade do agente do delito de roubo se da sua conduta resultar em lesão corporal grave, segundo o artigo 157, § 3º primeira parte do Código Penal.

Lesão corporal é infração penal consistente na ofensa à integridade física ou à saúde de outro ser humano. A lesão é classificada por graus, do leve (art.129, *caput*) ao grave (art. 129, § 1º) pelo legislador, além da lesão gravíssima (art.129, § 2º), assim denominada doutrinariamente.

Segundo o art,129, § 1º e 2º, do Código Penal:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

I - Incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

No caso do roubo, a lesão leve será absorvida, pois está contida na elementar violência, que pode ser praticada contra o titular do direito de propriedade ou em terceiro, não agravando o resultado.

O agravamento da pena do roubo, portanto, incide se for grave ou gravíssima a lesão corporal, tanto no roubo próprio como no impróprio.

A lesão corporal grave como dito alhures pode ser imputada ao agente a título de dolo ou culpa. As penas previstas no art.157, § 3º, primeira parte, são de reclusão de

7 (sete) a 15 (quinze) anos e multa. Essa forma delitiva não é considerada hedionda para efeitos jurídicos.

2.3.2 Roubo agravado pelo resultado morte ou “latrocínio”

O roubo sofrerá reprimenda ainda mais severa caso seja seguido de morte da vítima. Isso ocorre quando o agente excede no emprego de violência física e leva a óbito o sujeito passivo do delito.

A segunda parte do § 3º, do art. 157 do Código Penal prevê o roubo agravado pelo resultado morte, também designado de “latrocínio”.

Ensina De plácido e Silva sobre a origem do termo latrocínio:

Derivado do latim *latrocinium*, de *latrocinari* (roubar à mão armada, exercer o curso ou pirataria) originalmente, tal como ladrão, significando milícia ou serviço militar, passou a distinguir o assalto à mão armada, ou o ataque feito por salteadores. Assim, atualmente exprime sempre o roubo com violência ou o roubo em que há assalto ou ataque a pessoas. É, pois, o roubo em que se registra crime mais grave, visto que, simultaneamente, há a intenção de afastar as pessoas que a ele se opõem, mesmo pela eliminação. (SILVA, 1993, p.50).

Júlio Fabbrini Mirabete distingue o latrocínio do roubo seguido de morte de acordo com o resultado doloso ou culposo que agrava a pena do roubo. Para ele “o disposto engloba, com a mesma punição, o latrocínio (em que a morte é causada dolosamente, por dolo direito ou eventual), e o roubo seguido de morte (em que o evento letal é atribuível a título de culpa, por ser a morte previsível).” (MIRABETE, 2011, p.1060)

O roubo agravado pelo resultado morte é crime complexo, pois formado pela união do roubo e do homicídio (doloso ou culposo), ou seja, resulta da junção de um delito contra o patrimônio e de outro contra a pessoa, no caso em detrimento da vida desta. Constitui unidade autônoma dos delitos que o compõem, já que a finalidade última do agente é a subtração de bens da vítima por meio de violência, que culmina com a morte dela, intencional ou não.

A morte é a qualificadora máxima deste crime. (...) poderia o legislador ter adotado o nomen juris “latrocínio”; não o fez, provavelmente, porque preferiu destacar que, a despeito dessa violência maior – lesão grave ou morte -, o latrocínio continua sendo roubo, isto é, um crime, na essência, de natureza patrimonial. (...) a diversidade de vítimas fatais não altera a tipificação criminosa, continuando a configurar latrocínio único, sem concurso formal, cujo numero de vítimas deve ser avaliado na dosagem de pena, nos termos do art.59. (BITENCOURT, 2009, p. 92/93)

Como dito alhures, as figuras agravadas pelo resultado previstas no crime de roubo podem ser praticadas tanto por dolo como por culpa, não sendo a conduta do latrocínio necessariamente preterdolosa. A citação abaixo ilustra bem a diversidade de situações:

Tratando-se de crime qualificado pelo resultado, a morte da vítima ou de terceiro tanto pode resultar de dolo (o assaltante atira na cabeça da vítima e a mata) quanto de culpa (o agente desfere golpe contra o rosto do ofendido para feri-lo, vindo, no entanto a matá-lo). Não se trata, portanto, de infração necessariamente preterdolosa. Só cabe tentativa quando o resultado agravador for perseguido por dolo, pois não se pode tentar algo produzido por acidente. (CAPEZ, 2012, p. 482)

Sendo a morte decorrente de dolo ou culpa o legislador deu tratamento idêntico, isto é, não há qualquer abrandamento da pena em caso de dolo na subtração e culpa na morte da vítima.

Por isso, se encontra com facilidade doutrinas que defendem o latrocínio somente doloso ou apenas preterdoloso. Mas não é isso que se observa no campo doutrinário e jurisprudencial que vislumbra várias possibilidades de interpretação das regras do latrocínio.

Doutrina de peso adverte que o resultado morte decorrente de grave ameaça não tipifica o latrocínio, sob pena de ofensa aos Princípios da Tipicidade Estrita e da Reserva Legal, representando verdadeira responsabilização objetiva do agente, visto que a lei não menciona morte decorrente de grave ameaça no tipo penal em análise:

A violência contida no § 3º é somente a física (*vis corporalis*), e não a moral (*vis compulsiva*). O resultado agravador – lesão grave ou morte –, para tipificar a figura inculpada no dispositivo em exame, deve, necessariamente, “resultar” de violência, que, como demonstramos à saciedade, não se confunde com grave ameaça especialmente na sistemática adotada em nosso Código Penal, assim, por exemplo, no caso de alguém que é assaltado e, mesmo sem o emprego de violência física, assusta-se com a presença da arma, sofrendo um enfarto e vindo a falecer, não se tipifica o crime de latrocínio, nessa hipótese a alternativa legal surge por meio do concurso de crimes: roubo e homicídio, este poderá ser doloso ou culposo, dependendo das circunstâncias fáticas, do elemento subjetivo etc. (BITENCOURT, 2009, p 93)

Todavia, adverte Damásio Evangelista de Jesus que a jurisprudência se divide se a morte advém de violência moral: “não há latrocínio (TJSP ACrim 57.827, RJTJSP 111:495). Contra, contentando-se com o simples nexos causal objetivo: RT, 462:353 e 620:333.” (JESUS, 2012, p.702)

Prevalece ainda a tese de que a morte de coautor não tipifica latrocínio:

A morte de qualquer dos participantes do crime (sujeito ativo) não configura latrocínio. (..) a violência exigida pelo tipo penal esta intimamente relacionada aos sujeitos passivos naturais (patrimonial ou pessoal) da infração penal, sendo indispensável

essa relação causal para configurar o crime preterdoloso especialmente agravado pelo resultado (BITENCOURT, 2009, p. 93/94)

Parte da doutrina prega que, se porventura um dos coatores for morto, operará *aberratio ictus* ou erro de execução, devendo incidir o disposto no art. 73, do Código Penal.⁸

Se o agente pretendia matar a vítima ou terceira pessoa, mas por erro na execução do crime (*aberratio ictus*) acaba por matar seu comparsa, há o crime de latrocínio, pois considera-se no caso a pessoa que o agente realmente pretendia atingir. (CAPEZ, 2012, p.485)

Por certo, a ideia de não caracterização de latrocínio quando ocorre a morte de comparsa, seja por violência do agente ou de terceiro deve ser a adotada, posto que a agressão deve ser sempre direcionada à vítima e esse ponto de vista favorece o réu.

Registre-se que há argumento forte sustentando a inconstitucionalidade dessa modalidade criminosa por ofensa à legalidade, à culpabilidade, à individualização da pena e proporcionalidade desta em caso de condenação. Pensamento instigante que requer nova e profunda retomada do tema latrocínio. (JORIO, 2008, p.335 e segs.)

As penas previstas no art.157, § 3º, *in fine* são privativa de liberdade, reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, além da multa. Trata-se de crime hediondo⁹.

Convém salientar que a Lei 8.072/1990 taxou o delito de latrocínio como hediondo (art. 1º, II). Isso implica na insuscetibilidade de anistia, graça e fiança, que a pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado independentemente da quantidade, que a prisão temporária terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Além da exigência de maior lapso temporal para a progressão de pena e para a concessão do Livramento Condicional.

O latrocínio é crime contra o patrimônio, por isso de competência para processo e julgamento é do juízo comum. Questão inclusive disciplinada pela Súmula 603 do STF que dispõe: “a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri”.

8 Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

9 Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

(...)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*);

3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O crime restará consumado quando reunidos todas as elementares do tipo penal e o agente atingir seu intento criminoso.

A consumação é o momento em que o sujeito ativo realiza em todos os seus termos a figura delituosa, em que o bem jurídico penalmente protegido sofreu a efetiva lesão ou ameaça que se exprime no núcleo do tipo. (DOTTI, 2010, p. 408)

Tentativa é a conduta punível que se realiza com o início da execução do crime, sem que haja sua consumação e independente da vontade do agente.

Zaffaroni conceitua a tentativa como:

Atos de tentativa são os que se estendem desde o momento em que começa a execução até o momento da consumação” e alerta: “enquanto a regra é a de que os atos preparatórios não ingressam no âmbito proibido, no que respeita à tentativa, a regra é a de que os atos de tentativa são atos proibidos” (ZAFFARONI, 2010, p. 20)

O elemento subjetivo da tentativa é o dolo do delito que se pretende consumir, já que o art. 14 menciona “vontade do agente”. Alega-se não ser possível a admissão de tentativa quando a conduta constitui-se em dolo eventual ou indireto porque inexistente o querer do sujeito ativo, apenas a assunção do risco de produção do resultado. Entretanto, isso não é pacífico (MIRABETE, 2011, p.62).

As legislações brasileiras sempre preconizaram a redução obrigatória da pena em caso de reconhecimento da tentativa delitiva.

No Brasil, o Código imperial de 1830 estabeleceu que “não será punida a tentativa de crime ao qual não esteja imposta maior pena que a de dois meses de prisão simples ou desterro para fora da comarca” (art. 2º, § 2º, segunda parte). Complementando essa disposição, o art. 34 enfatiza: “A tentativa a que não estiver imposta pena especial será punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada um dos graus. Se a pena for de morte, impor-se-há ao culpado de tentativa no mesmo grau a de galés perpetuas. Se for de galés perpetuas, ou de prisão perpetua com trabalho ou sem ele, impor-se-há a de galés por 20 annos, ou de prisão com trabalho ou sem ele, por 20 annos. Se for de banimento, impor-se-há a de desterro para fora do império por 20 annos. Se for de degredo ou desterro perpetuo, impor-se-há a de degredo ou desterro por 20 annos.

O Código de 1890 estabeleceu que “não será punida a tentativa de contravenção e nem a de crime ao qual não esteja imposta maior pena que a de um mês de prisão celular” (art.16), enquanto o art.63 preconizava que a tentativa do crime, a que não estiver imposta pena especial, será punida com as penas do crime, menos a terça parte em cada dos seus graus.

A redução obrigatória da pena de tentativa em nosso Direito Penal constitui, portanto, uma tradição (...) (ZAFFARONI, 2010, p.136)

O Código Penal atual, em seu art 14 prevê:

Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime consumado

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Para o legislador brasileiro o delito está formalmente consumado com a execução completa do tipo penal, ou seja, quando o agente realiza toda a ação ou omissão descrita no tipo penal, causando inclusive o resultado, se for o caso (14, I, CP).

Não se deve confundir a consumação formal com a consumação material ou exaurimento do crime, caso em que o agente alcança além da consumação o objeto pretendido (ex: a indevida vantagem econômica no crime de extorsão – art.158, CP; o recebimento do resgate na extorsão mediante sequestro – art.159, CP; a vantagem indevida no delito de corrupção passiva – art.317, CP).

Caracterizará a tentativa se houver a realização incompleta do tipo objetivo, que não se perfaz por circunstâncias alheias à vontade do agente (14, II, CP).

Podemos afirmar que a tentativa é um tipo penal ampliado, um tipo penal aberto, um tipo penal incompleto, mas um tipo penal. A tentativa amplia temporalmente a figura típica, cuja punibilidade depende da configuração do dispositivo que a define (art. 14, II) com o tipo penal incriminador violado. (BITENCOURT, 2015, p. 530)

Para configuração da tentativa exige-se, portanto, o início de execução; a inoportunidade do resultado por forças alheias à vontade do agente e o dolo em relação aos elementos do tipo objetivo.

Desde que o desígnio criminoso aparece no foro íntimo da pessoa, como um produto da imaginação, até que se opere a consumação do delito, existe um processo, parte do qual não se exterioriza, necessariamente, de maneira a ser observado por algum espectador, excluído o próprio autor. A este processo dá-se o nome de iter criminis ou “caminho do crime”, que significa o conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito. De todas elas, compete distinguir, por exemplo, os seguintes estádios de desenvolvimentos do delito: cogitação, decisão, preparação, começo de execução, culminação da ação típica, o surgimento do resultado típico, o exaurimento do fato etc. (ZAFFARONI, 2010, p. 17)

As opiniões se divergem quanto ao fundamento da punição da forma tentada do delito. Uns justificam nas circunstâncias objetivas e outros nas de caráter subjetivo, surgindo as diferentes Teorias sobre a tentativa:

Para a teoria objetiva, a lei pune a tentativa porque esta implica um perigo para o bem jurídico. (...) Segundo esta teoria, a pena da tentativa deve, necessariamente, ser inferior à do delito consumado, porque o perigo do resultado sempre importa um injusto menor que o da realização. É a teoria adotada pela nossa lei positiva, a qual, além de prever uma escala menor para a tentativa, também estabelece ser essa redução obrigatória (parágrafo único do art.14).

(...) Denomina-se teoria subjetiva a que fundamenta a punição da tentativa na vontade do autor contrária ou inimiga do Direito, ou seja, o legislador, com a fórmula da tentativa, almejou combater a vontade criminosa. (...) essa teoria possui grande número de adeptos na Alemanha, particularmente após a reforma penal de 1939, que tornou facultativa a atenuação da pena da tentativa. (ZAFFARONI, 2010, p.31/33)

Há ainda a Teoria Mista que pretende resolver a questão da tentativa, caracterizando a idônea com base na periculosidade da conduta enquanto a tentativa inidônea, na periculosidade do agente.

A Teoria da Impressão é citada pelo mesmo autor: "essa teoria afirma a punibilidade da tentativa só quando a atuação da vontade inimiga do Direito seja apta a perturbar a confiança existente na vigência da ordem jurídica e o sentimento de segurança jurídica entre aqueles que tenham conhecimento da mesma. (ZAFFARONI, 2010, p.36)

A Teoria da tentativa concebe o *iter criminis* ou trajeto do crime como a sequência de etapas ou fases do trajeto a ser percorrido pelo agente para alcançar a consumação do crime. Em geral se fala em quatro fases: cogitação, preparação, execução e consumação.

O crime doloso segue um roteiro que a doutrina clássica designa por *iter criminis*. Do exame de cada uma das etapas respectivas, a partir da cogitação ou deliberação do atuar delituoso, são extraídas importantes conclusões que permitem o reconhecimento parcial ou total da figura criminosa ou a sua inoportunidade. No delito culposo não se caracteriza o *iter criminis* posto que em tal hipótese não existe a vontade de realizar o fato típico e nem de assumir o risco de sua verificação. A vontade do agente, neste caso, se dirige à transgressão de um dever de cuidado objetivo. (DOTTI, 2010, p.407)

Preleciona Basileu Garcia:

Para chegar à fase da consumação, o delinquente transita por uma série de etapas, que constituem o *iter criminis* - o caminho do crime, o desenvolvimento da ação delituosa. Assim, procede em busca da *meta optata* - o seu escopo, o resultado final. (GARCIA, 2008, p.331)

O *iter criminis* é importante para a fixação da fração mínima ou máxima de redução prevista em caso de tentativa. A fixação do percentual incidente no caso concreto, tendo em vista causa de diminuição da pena - tentativa- não se

faz aleatoriamente. Há de ser levado em conta o *iter criminis*, ou seja, os atos que chegaram a ser praticados pelo agente. (STF, HC 69.342-3, DJU p. 12.784).

A regra é que o *iter criminis* começa a ser punível com o início da atividade executiva, sendo impuníveis os atos preparatórios, conforme preceitua o art.31, do CP ao tratar: “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

A intenção de furtar, seguida de meros atos preparatórios, não configura a tentativa se não chegou a haver início de execução. (TACRSP, RET 545/381).

Dá-se a tentativa quando o agente não chega à consumação ou meta optada. É, pois, no plano físico ou material que ela se distingue do crime consumado, neste, o que se passa no plano externo corresponde ao elemento subjetivo do delinquente, naquela, o sujeito ativo ficou aquém do elemento volitivo, não o realizou no mundo exterior. (NORONHA, 2009, p.122)

Excepcionalmente o legislador tipifica atos preparatórios diante da perniciosidade social da conduta que, por isso é considerada perigo aos bens jurídicos protegidos pela norma penal.

Explica Basileu Garcia “às vezes, o Direito Penal se interessa por atos preparatórios. Há alguns tão graves, que o legislador os eleva à categoria de crimes sui generis, assim acontece a propósito de certas modalidades de crimes de perigo e contra o Estado.” (GARCIA, 2008, p.332)

São exemplos de tipos penais que consistem atos preparatórios puníveis por força legal, o art. 152 do Código Penal Militar ¹⁰ que prevê o delito de Conspiração para a prática de motim, o art. 253, do CP ¹¹ que traz o crime de Posse de substância ou engenho explosivo, os delitos de Petrechos para falsificação de moeda (art. 291 do CP) ¹², a Associação criminosa (art.288) ¹³, o delito de Incitação ao crime (art.286, CP) ¹⁴, a Associação para o tráfico de drogas (art. 35, L.11343/06) ¹⁵, o crime de

10 Art. 152, CPM. Concertarem-se militares ou assemelhados para a prática do crime previsto no artigo 149: Pena - reclusão, de três a cinco anos.

11 Art. 253 - Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

12 Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

13 Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes. Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

14 Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

15 Lei nº 11.343/06. Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

porte ilegal de arma de fogo de uso permitido ou restrito (arts. 14, L.10826/03) ¹⁶, entre outros.

Em regra, todos os crimes admitem tentativa. A maior parte da doutrina excepciona os delitos culposos (porque exigem o resultado lesivo), preterdolosos (já que há dolo no antecedente e culpa no consequente), omissivos próprios (consuma-se com a simples omissão), unissubsistentes (onde a ação se compõe de único ato, impossível de fracionamento), de mera atividade (consuma-se com o início de execução), habituais (impossível fracionar a execução), qualificados pelo resultado (só é possível a tentativa em relação ao tipo básico doloso) e contravenções penais (vedação expressa no art.4º, LCP).

A pena da tentativa é questão interessante e merece destaque trecho da obra de Zaffaroni. Inicialmente a figura tentada era apenada da mesma forma que a infração consumada:

Na *Lex Cornelia de sicariis*, porém, aparece a pena da tentativa como equivalente à do delito consumado, pena que se estendia até os atos preparatórios. (...) o critério da legislação romana estendeu-se para outras legislações posteriores, chegando ao Código francês de 1791, onde as penas dos delitos de homicídio e envenenamento, tanto consumados como tentados, eram idênticas. (...) contra essa tendência de equiparação pronunciaram-se o Código liberal espanhol de 1822 e o Código de Nápoles, critério que viria, ao depois, cimentar-se nos Códigos alemão de 1871, húngaro de 1878, norueguês de 1902, argentino de 1921 e peruano de 1824, dentre outros (ZAFFARONI, 2010, p. 135/136)

Na lição de Júlio Mirabete:

A redução da pena referente à tentativa deve resultar não das circunstancia do crime, que são consideradas na pena-base, mas das circunstancias da própria tentativa, ou seja, da extensão do iter criminis percorrido pelo agente, graduando-se o percentual em face da maior ou menor aproximação do resultado; quanto mais o agente se aprofundou na execução, quanto mais e aproximou da consumação, menor redução. A maior ou menor redução deve ser motivada pelo juiz. Assim, em concurso de pessoa, a redução deve ser igual para todos os corréus. (MIRABETE, 2011, p.64)

No concurso de agentes, quando o crime é apenas tentado, o percentual de diminuição da pena é incindível, de forma a fazer com que a redução operada beneficie todos os partícipes de forma uniforme (TARS, JTAERGS 80/45).

16 Lei nº 10.826/03. Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (Vide Adin 3.112-1)

Quanto à redação do parágrafo único do art. 14 que estabelece “*salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços*”, ressalta Zaffaroni que “há casos em que a tentativa é punida com a mesma pena cominada ao crime consumado, vale dizer, sem a redução obrigatória consignada pelo parágrafo. Tal ocorre, v. g., no delito tipificado no art. 352 do CP – evadir-se ou tentar evadir-se.” (ZAFFARONI, 2010, p.141)

Acrescenta-se que os ilícitos contra a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7170/83, arts. 9º, 11, 17, 18 e 28), bem como o previsto na Lei de abuso de autoridade (art. 3º Lei nº 4898/1965), o crime de Evasão mediante violência contra a pessoa previsto no art. 352 do CP¹⁷, o delito de Tentativa contra a soberania do Brasil (art. 142, CPM)¹⁸ são exemplos de infrações penais que, embora permaneçam no campo da tentativa, recebem a mesma pena da forma consumada, posto que são tidos como delitos de atentado.

A doutrina costuma distinguir a tentativa perfeita da imperfeita. Embora irrelevante para a caracterização da tentativa, já que ambas assim o são reconhecidas, tal distinção se dispõe a auxiliar o magistrado no reconhecimento da desistência voluntária e do arrependimento eficaz¹⁹.

Na tentativa imperfeita o agente não consegue praticar todos os atos necessários à consumação por interferência externa. É a tentativa propriamente dita, em que os atos executórios são interrompidos por fatos alheios ao agente, antes da consumação.

A tentativa perfeita ou *crime falho*, por outra banda, é aquela em que o agente realiza todos os atos executórios para a consumação do crime, a qual não ocorre por circunstâncias alheias à vontade dele, isto é, a consumação não ocorre, embora todos os atos executórios tenham sido praticados, a exemplo da vítima mortalmente baleada que é salva em atendimento médico.

A tentativa é também classificada como *cruenta* quando a vítima é ofendida fisicamente durante a prática delitiva e *incruenta* quando esta se revela incólume.

Há ainda a tentativa *idônea* que impõe perigo efetivo ao bem protegido pela

17 Art. 352 - Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

18 Art. 142, CPM. Tentar: I - submeter o território nacional, ou parte dele, à soberania de país estrangeiro; II - desmembrar, por meio de movimento armado ou tumultos planejados, o território nacional, desde que o fato atente contra a segurança externa do Brasil ou a sua soberania; III - internacionalizar, por qualquer meio, região ou parte do território nacional: Pena - reclusão, de quinze a trinta anos, para os cabeças; de dez a vinte anos, para os demais agente

19 Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

norma penal e a *inidônea* em que o meio usado no delito é absolutamente ineficaz ou há impropriedade do objeto. Neste último caso não existe tentativa punível, mas configura crime impossível (art. 17, do CP) ²⁰, devendo o sujeito ativo ser absolvido.

3.1 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA NO CRIME DE ROUBO PRÓPRIO E IMPRÓPRIO E FIGURAS COM CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Sabe-se que consumir é levar a termo ou atingir o auge da ação criminosa, obtendo o resultado desejado.

Tentar é empregar meios para obter algo, executar um projeto ou ideia criminosa que não se realiza por vontade externa ao agente.

Juridicamente e segundo o art. 14 do CP, a consumação é a realização completa pelo agente dos elementos previstos no tipo penal e tentativa a não obtenção do resultado desejado por razões alheias à vontade do agente.

Como dito alhures, no roubo próprio a violência ou grave ameaça é anterior ou concomitante com a subtração da coisa e a doutrina se divide quanto ao momento consumativo deste, pois para uns consuma-se no momento da subtração (STF), para outros com a retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima (STJ) ou ainda com a prática da violência ou grave ameaça. Todos, porém, são uníssomos no sentido de que se admite a tentativa do roubo próprio.

No roubo impróprio, isto é, naquele em que a violência ou grave ameaça é subsequente à subtração da *res* com o fim de garantir sua posse ou assegurar a impunidade do crime, o momento consumativo ocorre com o emprego da violência ou grave ameaça contra a vítima ou perseguidor.

O roubo próprio consuma-se com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima, vem-se firmando o entendimento sobre a desnecessidade de posse tranquila, mesmo passageira, do agente. No roubo impróprio consuma-se com o emprego da violência ou grave ameaça à pessoa, após a subtração. (BITENCOURT, 2009, p. 88)

Isso não é pacífico, ao contrário, é muito polêmico. A doutrina diverge. Júlio Fabbrini Mirabete ao comentar o roubo próprio afirma:

Não merece apoio a orientação minoritária que tem o roubo por consumando com a prática da violência ou ameaça, pois o núcleo do tipo é a subtração da coisa”. Mais adiante ao tratar do roubo impróprio avalia “a consumação do crime ocorre com a violência ou grave ameaça, desde que já ocorrida a subtração. Não consumando esta, há que se reconhecer a tentativa de furto em concurso com lesões corporais.” (MIRABETE, 2011, p.1001 e 1016)

20 Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.

Ousa-se afirmar que o melhor posicionamento é aquele não admite tentativa no roubo impróprio, pois se não houver a violência ou constrangimento posterior à subtração restará caracterizado outro delito, o de furto (art. 155 do CP).²¹

O STF já decidiu “no roubo, quando a violência é subsequente à subtração, o momento consumativo é o do emprego da violência. O delito descrito no art. 157, § 1º, do Código Penal não comporta tentativa” (RT, 453/436).

Rogério Grecco critica o reconhecimento de momentos distintos de consumação para o roubo próprio e o impróprio.

Para nós, que entendemos que a consumação somente ocorre com a retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima e o ingresso na posse tranquila do agente, não há qualquer diferença no fato de ser a violência anterior ou posterior à subtração da coisa. (GRECCO, 2008, p.641)

Damásio de Jesus traz duas correntes de pensamento acerca da possibilidade de tentativa no roubo impróprio:

Há duas posições: 1ª) *o roubo impróprio não admite a figura tentada*. Ou o sujeito emprega violência contra a pessoa ou grave ameaça, e o delito está consumado, ou não emprega esses meios de execução, permanecendo furto tentado ou consumado. (...) É a nossa posição; 2ª) *o roubo impróprio admite a forma tentada*. Isso ocorre quando o sujeito, tendo efetuado a subtração patrimonial e antes da consumação tenta empregar violência contra a pessoa ou quando, empregada a violência após a “tirada” da coisa, não consegue consumir a subtração. (JESUS, 2012, p. 689)

No que diz respeito às causas especiais de aumento de pena do art. 157, § 2º, inciso I a V, do CP a doutrina majoritária entende possível a existência delas na forma tentada:

Tratando-se de delitos qualificados, pode ocorrer que haja uma conduta qualificante que de continuidade ao tipo fundamental, como no caso, de quem, no roubo, após sua prática, exerce a violência, sendo as opiniões coincidentes em aceitar que a tentativa de roubo começa quando do começo da execução da conduta qualificada. Inversamente, quando a conduta qualificante precede o do tipo fundamental, entende-se que a

21 Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. § 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas. § 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. § 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração

tentativa se inicia com o começo de execução da conduta qualificante precedente. Assim, por exemplo, existe tentativa de furto qualificado (art.155, § 4º, I, do CP) quando se começa a executar a destruição ou o rompimento do obstáculo à subtração da coisa. (ZAFFARONI, 2010, p.63/64)

Por isso e em relação à consumação e tentativa do roubo com causa especial de aumento de pena, denominado erroneamente de figuras qualificadas do roubo, a consumação e tentativa seguem as mesmas regras do roubo próprio e impróprio, já que incidem sobre estes.

3.2 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA NO CRIME DE ROUBO AGRAVADO PELO RESULTADO MORTE OU LATROCÍNIO

O roubo agravado pelo resultado morte é designado comumente de “latrocínio”. Embora não possua esse *nomem juris* no Código Penal Brasileiro, o Código Penal Militar (art. 242, § 3º)²² e a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90)²³ adotam tal terminologia.

O objetivo do agente quando da prática de um roubo é cometer a subtração, a qual sempre será dolosa. O resultado morte não precisa ser desejado pelo agente, podendo se creditado a título de dolo ou culpa subsequente, no último caso, configurando crime preterdoloso.

Por certo, o crime de roubo contempla três graus de violência. Caso a subtração implique em grave ameaça (violência moral) ou violência física que culmine em lesão leve incidirá o agente nas penas do art. 157, *caput*. Se a lesão for grave ou gravíssima o agente poderá ser responsabilizado pelo art. 157, § 3º, primeira parte e se da subtração resultar morte, aplica-se a regra do art. 157, § 3º, parte final, todos do Código Penal.

22 Art. 242, CPM. Subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante emprego ou ameaça de emprego de violência contra pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer modo, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a quinze anos. § 1º Na mesma pena incorre quem, em seguida à subtração da coisa, emprega ou ameaça empregar violência contra pessoa, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para outrem. § 2º A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há 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 vítima está em serviço de natureza militar; V - se é dolosamente causada lesão grave; VI - se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis esse resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo.

Latrocínio. § 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.

23 Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (...) II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

Questão tormentosa é a tentativa do crime de roubo com pena agravada por resultar na morte da vítima.

Fernando Capez diz que deve prevalecer a situação em relação à vida e que a doutrina e a jurisprudência convencionaram o seguinte:

- a) havendo subtração patrimonial consumada e morte consumada, teremos latrocínio consumando;
- b) havendo subtração patrimonial consumada e morte tentada, teremos latrocínio tentado (art. 157, § 3º, 2ª parte, c/c o art.14, II);
- c) havendo subtração tentada e morte consumada, teremos latrocínio consumado (Súmula 610 STF: “Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”);
- d) havendo subtração patrimonial tentada e morte tentada, teremos latrocínio tentado (art. 157, § 3º, 2ª parte, c/c o art.14, II); (CAPEZ, 2012, p.483)

Cezar Roberto Bitencourt (2009, p.94/95 e 96) traz uma classificação que comporta maior número de entendimentos, o que o autor chama de “pluralidade de alternativas”:

Sem pretender esgotar as inúmeras possibilidades, admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, passamos a elencar algumas:

- 1) *homicídio e subtração consumados*: é pacífico o entendimento de que há latrocínio consumado;
- 2) *homicídio consumando e subtração tentada*: há diversas correntes: a) latrocínio consumado (Súmula 610); b) tentativa de latrocínio; c) homicídio qualificado consumado em concurso com tentativa de roubo; d) apenas homicídio qualificado;
- 3) *homicídio tentado e subtração consumada*: são apresentadas duas soluções: a) tentativa de latrocínio (STF); b) tentativa de homicídio qualificado (pela finalidade);
- 4) *homicídio tentado e subtração tentada*: tentativa de latrocínio (STF).

A edição da Súmula 610 pelo STF²⁴ dispendo que configura latrocínio consumado ainda que a subtração seja tentada, dá ênfase ao direito à vida, ignora a objetividade jurídica do art. 157, do Código Penal e não soluciona questões relativas ao tema, gerando até mesmo, sérios debates:

Dessa forma, a posição assumida pelo STF, que se contenta com a morte da vítima, mesmo que não realize o agente a subtração de seus bens, para efeitos de reconhecimento do latrocínio consumado, é completamente *contra legem*, ofendendo a determinação contida no art. 14, I, do CP. (GRECCO, 2008, p.655)

24 SÚMULA 610 STF - “Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.”

Geraldo Lopes Pereira destaca a importância de alteração legislativa do tipo derivado (§ 3º, art. 157, CP), para que os adeptos da aplicação do conteúdo da Súmula da Corte Maior possam fazê-lo sem ofensa à legalidade:

Para sanar a falha a solução seria o legislador alterar a redação do § 3º do art. 157 do Código Penal, adotando, *e.g.*, a mesma do final do § 3º do art. 242 do Código Penal Militar Brasileiro, que dispõe que “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**”. (PEREIRA, 2012 - grifo nosso)

Diante de tamanha diversidade de opiniões, ousa-se sintetizar e propor ao leitor a seguinte avaliação:

Em regra, é aceito o entendimento de que o roubo seguido de morte consuma-se com a subtração da *res* e a produção da morte da vítima quando há dolo no resultado.

Contudo, sendo preterdolosa a infração, isto é, quando há dolo na subtração e culpa no resultado morte, consumir-se-á com esta e não se admitirá a tentativa.

Também não se pode olvidar da posição doutrinária que impede a tentativa em crimes agravados pelo resultado, sustentando que esta somente incide no tipo básico ou elementar (*caput* do art. 157), por questões relativas à dosimetria da pena.

Para ficar mais claro esse posicionamento apresenta-se parte do voto Ministro Marco Aurélio, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 94.775-1/RJ em 7/4/2009:

Inicialmente, observem o sistema constitucional. Não há crime sem lei que o defina nem pena sem previsão legal. O latrocínio não consubstancia tipo autônomo. Essa premissa afasta a possibilidade de falar-se em tentativa. O § 3º do artigo 157 do Código Penal encerra causa de aumento no que, considerada a subtração de coisa móvel alheia mediante grave ameaça ou violência a pessoa, consagra a majoração da pena fixada no artigo quando da citada violência resulta lesão corporal de natureza grave ou morte. A pena, então, num e noutro caso, é aumentada, respectivamente, de sete a quinze anos e de vinte a trinta anos.

(...)

Em síntese, não há como assentar-se a existência de crime tentado quando se trata, na verdade, não de tipo autônomo, mas de causas de aumento das penas-base e teto.

(...)

Deve-se afastar a conclusão sobre a ocorrência do latrocínio tentado, mesmo porque, se assim não se fizer, a primeira parte do § 3º do artigo 157 do Código Penal ficará relegada a letra morta. Sim, iniludivelmente, ter-se-ia de entender que, no caso de lesão grave, haveria, também e com maior razão considerado evento no qual a lesão fosse leve, a tentativa de latrocínio.

Esse entendimento prega a impossibilidade de tentativa em crimes agravados pelo resultado, diante da ausência de tipo penal autônomo.

Então, poder-se-ia dizer que não se admite tentativa de latrocínio porque é crime majorado pelo resultado ou, para aqueles que a admitem, seria impossível sua caracterização diante de conduta comprovadamente preterdolosa.

Por certo, dá-se a consumação do latrocínio com a efetiva subtração da coisa alheia móvel e a morte da vítima. Dúvidas surgem quando o latrocínio é doloso quanto ao resultado e um dos crimes componentes dessa figura penal não se consuma. Dentre as ocorrências mais prováveis, se propõe a seguinte reflexão:

É de consenso que a subtração e morte consumadas levam à imputação de latrocínio consumado ao autor da conduta.

A subtração tentada com homicídio consumado é a hipótese que gera mais controvérsia. Malgrado haja posicionamento no sentido de ser homicídio qualificado e tentativa de roubo em concurso formal ou ainda, homicídio qualificado consumado, entende-se que se trata da única possibilidade de tentativa do latrocínio, conforme prescreve doutrina minoritária e contrária à Súmula 610 do STF.

O Direito Penal é singular e para configuração do crime de roubo exige o dolo na subtração e a ofensa ao patrimônio alheio. Não se deve admitir a ideia de que a proteção da vida, embora mui nobre, é objetivo maior da norma contida no art. 157, § 3º, do CP.

Na hipótese de subtração e morte tentadas ou ainda de subtração consumada e morte tentada há quem diga que é latrocínio tentado, contudo há de se considerar que se enquadram na *primeira parte* do § 3º, do art. 157 do CP, ou seja, configura roubo agravado pelo resultado lesão corporal grave, se assim ficar caracterizado pela perícia. Nesses casos, percebe-se que não há morte da vítima.

Por derradeiro, note-se que em caso de latrocínio tentado, a redução da tentativa, mesmo se aplicada a maior fração (2/3) resultará numa condenação a pena privativa de liberdade de reclusão 6 anos e 8 meses de reclusão inicialmente no fechado por ser crime hediondo, enquanto se houver a desclassificação para roubo agravado pela lesão corporal a pena será de 7 anos e poderá, em tese, ser cumprida no regime semiaberto, sem os rigores oriundos da hediondez.

4 CONCLUSÃO

O crime de roubo agravado pelo resultado morte, conhecido como “latrocínio” é de alta complexidade jurídica e demanda estudos contínuos. Sua grande incidência

causa desassossego à população e desafia operadores do Direito no que diz respeito a sua caracterização, consumação e tentativa.

Determinar o momento consumativo do delito é útil e muito relevante porque revela o termo inicial para a contagem da prescrição e estabelece a competência territorial para processo e julgamento do fato.

O reconhecimento da tentativa é importante para o agente que possa fazer *jus* à redução obrigatória de (1/3 a 2/3) de sua reprimenda, conforme o parágrafo único do art.14 Código Penal.

O melhor entendimento é aquele que defende a inexistência de tentativa no crime de latrocínio por ser este crime agravado pelo resultado, um tipo derivado e não autônomo. Ocorrendo o resultado que agrava o roubo este estará consumado. Na ausência do resultado (morte) não há de se falar em latrocínio ou agravamento, podendo a conduta se tipificar em outra que não a prevista no § 3º, *parte final* do art. 157.

Contudo, dependendo do caso concreto e se o primeiro argumento não prosperar, há de se alegar a tentativa como causa de diminuição de pena em benefício do agente, pois existem muitas correntes e fundamentos diversos admitindo-a neste tipo derivado.

Dentre as ideias conhecidas e tendo como base o bem tutelado pela norma penal quando da edição do tipo do roubo e o dolo como elemento subjetivo deste, convida-se o leitor para ao seguinte raciocínio.

Já que a subtração é a vontade última do agente e a que a objetividade jurídica do roubo é a proteção do patrimônio da vítima por expresso desejo do legislador, o seu agravamento pelo resultado morte apenas se consuma quando o bem jurídico tutelado pela norma penal é lesionado, no caso a subtração mediante violência com a consequência da morte.

Resta então e por apreço ao debate, apenas a hipótese de tentativa de latrocínio em caso de subtração tentada e homicídio consumado, ou seja, morte sem subtração. Evidentemente que esse pensamento é contrário ao enunciado da Súmula 610 do STF que reza ser consumado o evento nessas condições.

No afã de proteger a vida tal enunciado subverteu a sistemática penal, feriu o Princípio da legalidade, dando prioridade ao direito à vida em relação ao patrimônio da vítima e perdendo a busca do objeto jurídico do delito. Contraria a mensagem do legislador que estabeleceu a figura do latrocínio como forma de agravamento de pena do crime de roubo em razão do resultado morte. Como não é vinculante tal Súmula deve ser repensada.

Afirma-se que se não houver a morte resultante da violência caberá a desclassificação para forma simples ou com causa especial de aumento de pena (qualificada) do delito de roubo. Em caso da ação resultar em lesão corporal grave restará caracterizado o roubo com agravado por mencionado efeito, já que a *primeira parte* do § 3º do art. 157 não pode ser considerada sem aplicabilidade no Direito brasileiro.

Acredita-se que a redução dos roubos seguidos de morte não depende somente da elevação de pena ou excessivo rigor durante execução desta, mas de política pública de segurança efetiva na contenção de delitos patrimoniais que envolvem violência à pessoa, bem como maior avaliação de circunstâncias e meios da prática delituosa, especialmente com o combate ao tráfico e porte ilegal de armas que, em geral e pelo poder letal, estão presente em grande parte das ocorrências. Propugna-se ainda pelo pleno combate às receptações e seus agentes que fomentam a criminalidade de cunho patrimonial.

Quando se fala em latrocínio, discute-se também o conflito entre bens que são violados como a vida e a propriedade. Ambos são direitos fundamentais do homem e merecem guarida estatal e, não há quem negue a superioridade da vida em relação ao patrimônio do ser humano, mas a mensagem do legislador ordinário diante da ausência de norma constitucional a respeito é que, o bem jurídico prioritário quando tipificada a conduta do roubo agravado pelo resultado morte é a proteção do patrimônio e este ponto de vista deve nortear as decisões judiciais.

Frise-se o legislador brasileiro não trouxe tal conduta como homicídio qualificado a exemplo de outros países e note-se que, malgrado ambos sejam legalmente considerados crimes hediondos, a pena mínima do latrocínio (20 anos) é significativamente superior a do homicídio qualificado (12 anos), como medida de extrema repressão e prevenção a esse tipo de ação delitiva.

A extensa lista de possibilidades jurídicas na solução de um “latrocínio” traz insegurança jurídica ao jurisdicionado, fere a isonomia de tratamento entre pessoas em condições fáticas semelhantes e desloca competência para processo e julgamento se reconhecida a existência de crime contra vida.

Não se pode admitir uma pluralidade de opções que, em geral culminam na capitulação jurídica da conduta do agente em latrocínio, buscando a hediondez da ação a todo custo e, sobretudo, em detrimento do Estado de Direito. Com isso há prejuízo do cidadão diante da dúvida perene quanto aos limites do direito de punir estatal e em relação à credibilidade dos atos decisórios.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial (Vol. III). São Paulo: Saraiva, 2009.
- . *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral (Vol. I). São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva 2012.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo Revista dos tribunais, 2010.
- GARCIA. Basileu. *Instituições de Direito Penal* (Vol I). São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRECCO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008.
- JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JORIO, Israel Domingos. *Latrocínio, a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- PEREIRA, Geraldo. *Tentativa de latrocínio*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7416/Tentativa-de-latrocínio>, acesso em 20/10/2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal comentado*. São Paulo: Atlas, 2011.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal* (Vol. I). São Paulo: Rideel, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Furto, roubo e receptação: indagações, doutrina, jurisprudência, prática*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* (Vol III). Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.