

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Nicole Nascimento Boff

**A NECESSIDADE DA READEQUAÇÃO TÍPICA DO “ASSALTO” COMO DELITO
DE EXTORSÃO FRENTE À MAJORANTE DO ART. 157, § 2º-A, INCISO I,
TRAZIDA PELA LEI Nº 13.654/2018**

**Porto Alegre
2020**

NICOLE NASCIMENTO BOFF

**A NECESSIDADE DA READEQUAÇÃO TÍPICA DO “ASSALTO” COMO DELITO
DE EXTORSÃO FRENTE À MAJORANTE DO ART. 157, § 2º-A, INCISO I,
TRAZIDA PELA LEI Nº 13.654/2018**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientador: Ângelo Roberto Ilha da Silva

Porto Alegre
2020

NICOLE NASCIMENTO BOFF

**A NECESSIDADE DA READEQUAÇÃO TÍPICA DO “ASSALTO” COMO DELITO
DE EXTORSÃO FRENTE À MAJORANTE DO ART. 157, § 2º-A, INCISO I,
TRAZIDA PELA LEI Nº 13.654/2018**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientador: Ângelo Roberto Ilha da Silva

Apresentada em 19 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

Orientador

Prof. Doutor Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Prof. Doutor Mauro Fonseca Andrade

AGRADECIMENTOS

Ao percorrer grandes jornadas e alcançar almeçadas conquistas, muito se fala da glória de ultrapassar as pedras do caminho. E, ao olhar para o trajeto percorrido, se agradece, sorrindo a vitória de não ter sido parado ou desviado pelas tais pedras. Mas porque não ser grato, também, às pedras do caminho? Por minha já conhecida discrepância do que é comum, julgo assim correta a abertura da minha gratulação:

Agradeço às pedras do caminho, grandes e pequenas, que fizeram desviar, ultrapassar, jogar para fora. Àquelas que mudaram o itinerário, que reinventaram o rumo, que fizeram perder o roteiro. Aos dias bonitos de sol, em que a caminhada se fez plena e contínua, e também àqueles dias de tempestades que pareciam sem fim, que fizeram parecer que o percurso já estava perdido. Aos encontros que se deram durante a jornada, às sementes que chegaram ao solo, penetraram e floresceram. Aos ramos que nasceram e, passageiros, pouco duraram, mas, principalmente, aos que permaneceram. Às descobertas e aos desencontros, no eu e nos outros. Às *minhas raízes (pai, mãe, vó)*, sempre firmes, sempre fortes, sempre sendo rede de apoio e de impulso. À *aurora* permanente, por toda motivação e amparo. E, por fim, à *estrela*, vinda na noite mais escura, que foi alicerce desde o primeiro instante, não me fazendo olvidar que o dia brilhante de sol logo chegaria.

Tirante à metáfora realizada, na qual se identificarão aqueles que se fizeram presentes e imprescindíveis durante esta jornada, resta fazer alguns agradecimentos pontuais. Ao meu orientador, *Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva*, pela acolhida como orientanda, pelos ensinamentos, pela solicitude, pelo suporte e pela compreensão de sempre, obrigada. Ao *Desembargador João Batista Marques Tovo*, com quem tenho o privilégio de laborar, obrigada por me instigar ao tema, pela troca sempre rica de saberes, e por me permitir acesso à sua biblioteca, fonte majoritária deste trabalho, sem a qual não seria possível fazê-lo, em razão das restrições que foram ocasionadas pela atual pandemia.

Por fim, à Faculdade de Direito da UFRGS, casa da qual tenho orgulho de pertencer. Local que, tirantes às dificuldades, logra com êxito na excelente formação e no incentivo crítico de seus alunos, que se tornam incansáveis, questionadores, resistentes. Agradeço a todos que participaram da minha formação nesta Egrégia Faculdade – amigos (*principalmente à Sabrina e ao Rafael*), colegas, professores e funcionários –, que vai concluída neste período adverso com o presente trabalho.

“Se o poder de interpretar as leis for um mal, a obscuridade neles deve ser outra, pois o primeiro é consequência do segundo. O mal será ainda maior se as leis forem escritas em uma linguagem desconhecida pelo povo que, ignorante das consequências de suas ações, torna-se necessariamente dependente de uns poucos, que são intérpretes das leis que, em vez de serem públicas e gerais, tornam-se privadas e particulares.”

Cesare Beccaria, 2012

RESUMO

Os crimes de roubo e de extorsão guardam semelhança com relação à ofensividade, pois são lesivos do patrimônio e da pessoa de modo simultâneo, neles o agente visa ao patrimônio alheio e, para obtê-lo, faz uso de violência ou grave ameaça à pessoa. A distinção sutil entre os tipos ocorre com o modo como é alcançado o patrimônio da vítima: no crime de roubo o agente subtrai a coisa alheia móvel por ato próprio; já na extorsão o autor constrange o ofendido à ação ou omissão para obter a indevida vantagem econômica. A similitude entre os crimes faz com que se confundam, por vezes, ensejando que uma mesma conduta possa ser enquadrada de modo diverso, o que, antes, não possuía relevância prática, pois aos delitos eram cominadas penas idênticas aos tipos comuns, inclusive com mesma incidência de aumento no que diz com as circunstâncias majorantes previstas. A Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, mudou tal paradigma, pois incluiu no roubo majorante do emprego de arma de fogo, com nova fração de aumento, a qual não alcança o crime de extorsão. A situação que antes não fomentava grandes debates, agora deve ser aferida com prudência, já que uma mesma conduta pode ser punida de modo extremamente mais severo, tudo a depender da tipificação dada pelo juiz. Diante disso, o presente trabalho procura, por meio de revisão doutrinária e jurisprudencial, estabelecer critérios de distinção entre os tipos de roubo e de extorsão, com o escopo de traçar balizas para a correta tipificação da conduta conhecida como “assalto à mão armada”, na qual o agente, ao portar arma de fogo, exige que a vítima lhe entregue algum bem. Após fazer análise da aplicação da pena e em reverência aos princípios garantidores do Direito Penal, o estudo pretende demonstrar que a melhor adequação típica da conduta controversa deverá ser feita como crime de extorsão, observando a proporcionalidade das penas e o princípio da legalidade na interpretação da norma em resposta ao excesso punitivo trazido pela Lei nº 13.654/2018 com relação à nova causa de aumento do emprego de arma de fogo no crime de roubo.

Palavras-chave: roubo; extorsão; majorante do emprego de arma de fogo; Lei nº 13.654/2018; excesso punitivo; aplicação da pena, adequação típica, princípios garantidores do Direito Penal.

ABSTRACT

The crimes of robbery and extortion have resemblances with each other due to their offensiveness since they both are harmful to a person's patrimony and well-being. The agent aims for the property of someone else through force, threat, or intimidation. The subtle distinction between both crimes exists in the way in which the victims patrimony is obtained: while in robbery the agent subtracts the property of others through his or her own action; in a extortion, the offender intimidates the victim to act or fail to act in order to obtain the undue economic advantage over the victim. Their similarities cause confusion, lots of times even resulting in identical situations being treated differently, which was not a problem while both crimes had virtually the same penalties, including the same causes for penalty increase. The law n. 13.654, signed on April 23, 2018, changed that paradigm, for it included the use of firearms as a cause of a 2/3 increase of the penalty in robbery crimes, while the same circumstances mean a increase of 2/3 to 1/2 of the penalty in extortion cases. While the confusion between both crimes did not represent a major problem before, with those new parameters, judges must proceed with caution, considering the same action can be punished more severely depending on the crime attributed to the agent. That being said, this work aims to establish criteria, through reviewing doctrine and jurisprudence, in order to distinguish robbery and extortion, with the scope of drawing beacons for the correct classification of the conduct known as "armed robbery", in which the agent, while carrying a gun, demands the victim to hand his or hers belongings. After analyzing penalty application and in observation of criminal law guaranteeing principles, this study intends to infer that "armed robbery" must be treated as a type of extortion, in contemplation of the principles of proportionality and legality, as opposed to the punitive excess brought by the law n. 13.654 of 2018 on carrying a gun as the new cause of increase of penalty for robbery.

Key-words: robbery; extortion; increasing of the use of firearms; Law 13.654/2018; punitive excess; application of the penalty, typical adequacy, principles guaranteeing the Criminal Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS CRIMES DE ROUBO E DE EXTORSÃO	12
2.1 BREVE HISTÓRICO DOS CRIMES PATRIMONIAIS	12
2.2 OS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NO ATUAL CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	14
2.3 O CRIME DE ROUBO	17
2.4 O CRIME DE EXTORSÃO	23
2.5 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE O ROUBO E A EXTORSÃO	27
2.5.1 Hipótese para enquadramento típico	28
2.5.2 Teorias doutrinárias acerca da diferenciação dos delitos	30
2.5.3 O tema na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	32
3 A INCIDÊNCIA DO EMPREGO DE ARMA QUANDO DA APLICAÇÃO DA PENA NOS CRIMES DE ROUBO E DE EXTORSÃO	37
3.1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUA FINALIDADE	37
3.2 A CONCRETIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	39
3.3 A APLICAÇÃO DA PENA DE ACORDO COM O MÉTODO TRIFÁSICO	40
3.4 O EMPREGO DE ARMA NA PRÁTICA DO ROUBO E DA EXTORSÃO	44
3.5 O ADVENTO DA LEI Nº 13.654/2018	46
3.5.1 A revogação da majorante do emprego de arma no crime de roubo e a previsão da causa de aumento do emprego de arma de fogo	46
3.5.2 A inobservância da alteração legislativa quanto ao crime de extorsão ...	48
3.5.3 O excesso punitivo trazido pela lei	50
4 A NECESSÁRIA READEQUAÇÃO TÍPICA DO ASSALTO À MÃO ARMADA EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DE GARANTIAS DO DIREITO PENAL	52
4.1 PRINCÍPIOS DE GARANTIAS DO DIREITO PENAL	52
4.1.1 O princípio da legalidade	55
4.1.2 O princípio da proporcionalidade	57
4.1.3 O princípio da igualdade	60
4.1.4 O princípio da individualização da pena	62
4.2 A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO LEGAL FEITA PELO JUIZ EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DE GARANTIAS DO DIREITO PENAL	63
4.3 A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM RESPOSTA AO EXCESSO PUNITIVO TRAZIDO PELA LEI Nº 13.654/2018	65

4.4 A NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA DE “ASSALTO À MÃO ARMADA” COMO DELITO DE EXTORSÃO	66
5 CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

A atual sociedade brasileira vivencia um período de crescimento constante da violência. São numerosos e rotineiros os delitos popularmente chamados de “assalto à mão armada”, nos quais o agente, fazendo uso de arma de fogo, exige da vítima a entrega de seus pertences (bolsa, celular, relógio, etc.). Frente a isso, a população, atemorizada, suplica por uma adequada tutela estatal com maior segurança pública. Em resposta a esta criminalidade, a Lei nº 13.654¹, de 23 de abril de 2018, incluiu no crime de roubo a majorante do emprego de arma de fogo, que passou a ser disposta no inciso I do § 2º-A do artigo 157 do Código Penal², a qual prevê maior pena aos roubos perpetrados com uso de artefato bélico, que passa a ser aumentada na fração de dois terços (2/3).

Ocorre que a conduta exemplificada pode ser tipificada tanto como crime de roubo quanto como crime de extorsão, dada à extrema semelhança dos delitos. É que ambos são lesivos do patrimônio e da pessoa, de modo simultâneo: visando ao patrimônio alheio, o agente utiliza-se de violência ou grave ameaça à pessoa para o fim de obtê-lo. A sutil diferença entre os tipos penais é que no roubo o sujeito ativo subtrai a coisa alheia móvel, ou seja, ele toma o bem desejado de terceiro por ato próprio; já na extorsão, o agente constrange, ou seja, obriga a vítima a uma ação ou omissão, consistente em fazer, deixar de fazer ou tolerar que se faça algo para que ele obtenha vantagem indevida.

A temática, embora muito controversa, não gerava grandes discussões na doutrina e na jurisprudência, pois as penas previstas para os delitos eram idênticas, inclusive no que tange às majorantes a eles incidentes: reclusão, de quatro (4) a dez (10) anos, e multa; a pena privativa de liberdade com aumento de um terço (1/3) até a metade (1/2) quando incidente alguma circunstância modificadora. Todavia, a Lei nº 13.654/2018, ao trazer nova majorante ao crime de roubo, mudou tal paradigma, haja vista que a mesma inovação não foi observada quanto ao delito de extorsão. Portanto, enquanto o crime de roubo com emprego de arma de fogo tem a sua pena aumentada, obrigatoriamente, em dois terços (2/3); o delito de extorsão, na mesma

¹ BRASIL. Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2018/lei/L13654.htm#:~:text=Altera%20o%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,junho%20de%201983%2C%20para%20obrigar>. Acesso em: 04 out. 2020.

² BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de dezembro de 1940. **Código Penal de 1940**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

circunstância, poderá ter sua pena aumentada de um terço (1/3) até metade (1/2). Assim, uma mesma conduta pode ser punida de modo extremamente mais severo a depender do delito que se entender configurado, em evidente afronta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade das penas.

Diante deste cenário, torna-se de extrema importância o estudo dos delitos de roubo e extorsão, para que sejam traçadas semelhanças e diferenças entre eles, a fim de identificar os critérios para a correta adequação típica da conduta tida como assalto à mão armada. O presente trabalho pretende, portanto, enfrentar o problema da similaridade dos tipos penais, realizando estudo específico da letra da lei e do que diz a doutrina penal brasileira a respeito da temática. Ainda, serão analisadas as construções jurisprudenciais acerca da matéria adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Após, far-se-á análise da aplicação da pena privativa de liberdade em relação aos delitos de roubo e de extorsão, bem como da incidência da majorante do emprego de arma, e as modificações a ela atinentes em razão do advento da Lei nº 13.654/2018. Por fim, em observância aos princípios norteadores da aplicação das penas, procurar-se-á demonstrar a imprescindibilidade de readequação do assalto à mão armada, para que seja tipificado como crime de extorsão majorado pelo emprego de arma, fazendo correta adequação da conduta, em consonância com as garantias do direito penal, em resposta ao excesso punitivo que foi trazido pela Lei nº 13.645/2018.

2 OS CRIMES DE ROUBO E DE EXTORSÃO

2.1 BREVE HISTÓRICO DOS CRIMES PATRIMONIAIS

A justiça penal, originalmente, era baseada em costumes e modos, consistia em atos de vingança privada, que eram exercidos pelo particular ofendido, ou pelo grupo ao qual pertencia, em desfavor do autor das ações contrárias à estabilidade da coletividade.³ Neste primeiro estágio de existência primitiva do ser humano, os indivíduos viviam em agregação anárquica, em estado nômade, pois não tinham conhecimento de previdência. Foi com a evolução das necessidades à manutenção da vida, mais precisamente com a domesticação dos animais e com o surgimento do trabalho pastoral e, por consequência, com a ocupação da terra, que surgiu a propriedade imobiliária.⁴ Posteriormente, o ser humano transitou para uma fase mais individual, havendo nos instrumentos e insumos de um indivíduo a sua propriedade, a qual era transmissível aos seus herdeiros.⁵

Junto dos direitos de propriedade coletiva e privada, assegurados por normas de caráter costumeiro, adveio a lesão à propriedade, sendo o direito à sua reação ao agressor dado ao próprio proprietário da coisa.⁶ Em um primeiro momento, portanto, as respostas aos primórdios crimes patrimoniais eram estritamente privadas, o que ocorria em função da débil proteção do poder central, fazendo com que coubesse ao individual conter a violência e proteger-se dela.⁷ Com a evolução do direito penal, a punição de tais ilícitos passou a ser regulada e exercida pelo Estado.

Desde a primeira legislação escrita de que se tem notícia (Legislação de Hoandi, de 35 a.C.) é assegurado o direito de propriedade, e punido de modo severo o atentado ao patrimônio individual.⁸ O Código de Hammurabi, que é dividido em duas partes, destina uma delas inteiramente à propriedade. Por intermédio da pena do talião e da *compositio*, os ilícitos contra a propriedade eram punidos de modo

³ DUTRA, Mário Hoepfner. **O furto e o roubo (em face do Código Penal brasileiro)**. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 5.

⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁵ *Ibid.*, p. 11-12.

⁶ *Ibid.*, p. 12-13.

⁷ *Ibid.*, p. 6.

⁸ *Ibid.*, p. 13.

severo, inclusive com pena de morte, ao que se diz o *códex* fazia equivaler a vida do homem e a sua propriedade.⁹

A bíblia, igual modo, previu penas corporais inspiradas em talião a sancionar o furto de animais. Todavia, nela também é possível averiguar preceitos do que hoje consideramos como furto praticado em estado de necessidade e furto famélico, que não ensejavam castigo.¹⁰ Em Atenas, as Leis de Dracon também puniam de modo severo os crimes contra a propriedade, e foi por meio das sucessoras Leis de Solon, que houve interpretação mais adaptativa à conduta do agente perpetrador do ilícito: a pena de morte era reservada aos mais graves atentados e o furto simples era reprimido apenas com pena pecuniária.¹¹

No Direito Romano os crimes contra a propriedade tiveram maior codificação, mediante a legislação de Justiniano (ano 529).¹² Passando outro período de severas punições com as invasões dos Bárbaros, os crimes contra a propriedade passaram a receber trato diverso no início da moderna história do Direito Penal.¹³ A lição de Beccaria difundiu a ideia de que os delitos estritamente patrimoniais fossem punidos apenas com penas pecuniárias, ao passo que, os que fossem executados mediante violência, deveriam ser punidos também com pena corporal.¹⁴

O ideal iluminista de Beccaria influenciou o Código Francês de 1810, que fez distinção entre as figuras dos furtos simples e qualificado, este com uso de violência, o qual se resultasse na morte do ofendido seria punido com a pena capital.¹⁵ A partir de então se observa o trato diverso que é dado aos crimes que lesam somente o patrimônio, daquele atribuído aos que ofendem também a integridade ou a vida do ofendido, os quais, por óbvio, possuem punição mais rígida, inteligência usada até as legislações mais atuais.

Notável é a relevância que o Direito Penal dá, desde sua origem, aos delitos patrimoniais. Também é considerável a evolução dos tratos dados aos crimes contra o patrimônio, em constante mudança durante a história: por vezes o patrimônio é equiparado à vida, em outras ele ocupa lugar secundário na tutela do Direito Penal. Entretanto, os crimes patrimoniais sempre tiveram especiais cuidados por parte dos

⁹ DUTRA, Mário Hoepfner. **O furto e o roubo (em face do Código Penal brasileiro)**. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 14.

¹⁰ *Ibid.*, p. 15-16.

¹¹ *Ibid.*, p. 17.

¹² *Ibid.*, p. 18.

¹³ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴ *Ibid.*, p. 24.

¹⁵ *Ibid.*, p. 25.

juristas dada à sua relevância, haja vista que, conforme leciona Hoepfner Dutra, “o direito da propriedade está estreitamente vinculado à liberdade humana”.¹⁶

2.2 CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NO ATUAL CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Brasil possui a tradição legislativa de fazer a separação de seus códigos penais em duas partes: a geral e a especial, sendo que os crimes em espécie são previstos na parte especial das leis.¹⁷ Já na primeira legislação aplicada no território nacional, as Ordenações Filipinas de Portugal, se observa tal divisão, sendo que a primeira aparição de um crime tido como patrimonial se dá no Título LX de seu livro quinto.¹⁸ Com relação à legislação originária brasileira, o Código Penal do Império de 1830¹⁹ fez, em sua terceira parte (dos crimes particulares), separação entre crimes contra a propriedade (Título III) e crimes contra a pessoa e contra a propriedade (Título IV)²⁰. Na legislação subsequente, ou seja, no Código Penal de 1890,²¹ a divisão foi mantida nos Títulos XII e XIII do segundo livro, porém fora acrescentada a classificação de pública e particular na intitulação dos crimes contra a propriedade.²²

O Código Penal de 1940, seguindo o sistema dos Códigos Alemão de 1870 e Italiano de 1889,²³ tem sua parte especial dividida em treze títulos, e no segundo são disciplinados os “Crimes Contra o Patrimônio” (artigos 155 a 180-A), ao contrário da nomenclatura dada pelos códigos antecessores. Tal escolha deu-se em razão de que os crimes tratados pelo atual códex não têm por objeto jurídico somente a propriedade (conceituação dada pelo Código Civil,²⁴ quando se refere aos direitos

¹⁶ DUTRA, Mário Hoepfner. **O furto e o roubo (em face do Código Penal brasileiro)**. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 7.

¹⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: Volume 2 – Dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio**. 21. ed. atual. por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 7.

¹⁸ PORTUGAL. **Ordenações Filipinas de 1595**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>. Acesso em: 04 out. 2020.

¹⁹ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal do Império do Brasil de 1830**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

²⁰ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980. p. 257.

²¹ BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

²² PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 306.

²³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP**. 10. ed. ver. e atual. por Fernando Fragoso – Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 7.

²⁴ Art. 1.228 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial

reais), mas a “todo e qualquer interesse econômico”.²⁵ Desse modo, importando o conceito jurídico do próprio direito privado, o patrimônio tutelado pelo Direito Penal deve ser tido como “o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico”.²⁶ Assim, crimes contra o patrimônio são “*species* de ilícito penal que ofendem ou expõem a perigo de ofensa qualquer bem, interesse ou direito economicamente relevante, privado ou público”.²⁷

Segundo Hungria, o Direito Penal importa o instituto jurídico do patrimônio já conceituado pelo Direito Civil, não havendo diferenciação entre o patrimônio referido pela norma penal e àquele disciplinado pelo Código Civil. O que se tem, segundo ele, é uma “diversidade formal, na proteção do patrimônio, entre as sanções penais e as sanções civis”,²⁸ de modo que o Direito Penal completa o sistema de proteção dado pelo Direito Civil, selecionando os ilícitos civis que ofendem a regra de moral jurídica de modo mais intenso, revelando desajuste de seu autor com a ordem social estabelecida, para os quais as sanções civis não são suficientes. De modo diverso leciona Noronha, ao afirmar que os institutos não se confundem, pois no Direito Penal a coisa que integra o patrimônio individual pode não ter valor pecuniário, de troca, ou comercial, mas somente um valor de uso, afeição ou estima para o seu proprietário, e ser este valor exclusivo dele.²⁹

Certo é que o Direito Penal, mesmo quando importa conceitos da esfera civil, os reformula atribuindo-lhes originalidade.³⁰ Assim se conclui, pois o Código Penal tutela, ao dispor sobre os crimes patrimoniais, todas as coisas de valor, seja ele econômico ou de afeição, desde que tenha relevância ou utilidade para o seu dono ou possuidor. Nesse sentido, exemplifica Weber Martins Batista que “a mecha de cabelos do ‘único amor de sua vida’, a carta do filho já morto, o pedaço de tecido da capa da ‘santa milagrosa’, [...], a pedra colhida no caminho por onde Jesus teria

da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

²⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 7.

²⁶ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908. P. 216.

²⁷ FRAGOSO; HUNGRIA, *loc. cit.*

²⁸ *Ibid.*, p. 8.

²⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: Volume 2 – Dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. 21. ed. atual. por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 203.

³⁰ LOUREIRO, Osman. **Introdução aos crimes contra o patrimônio e outros estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1973, p. 38.

passado, uma pequena porção do solo da ‘terra natal’, etc.”³¹ seriam também objetos dos delitos previstos no Título II do Código Penal.

Importa ainda referir que não apenas o título destinado aos crimes contra o patrimônio disciplinam os interesses patrimoniais (sentido amplo), que aparecem também em outros títulos do códex.³² É, por exemplo, o caso dos crimes contra a propriedade imaterial, disciplinados no título seguinte, sendo a diferenciação feita em razão da necessidade de disciplina especial que é dada às “ideações criadoras ou entidades ideais consideradas em si mesmas ou abstraídas da matéria (*corpus mechanicum*) na qual ou pela qual se exteriorizam”, sendo que os ilícitos, neste título, para além de ofenderem os interesses patrimoniais, ensejam prejuízo de um determinado interesse moral.³³ Outro caso a listar é o crime de peculato,³⁴ previsto no Título XI do Código Penal³⁵, que também é crime contra o patrimônio, mas, por lesar especificamente interesses como os da administração pública, da incolumidade pública e da fé pública,³⁶ recebe trato diverso, não podendo ser disposto junto aos crimes patrimoniais comuns.

Do mesmo modo que o Título II do Código Penal não engloba todos os crimes contra o patrimônio, ele recepciona delitos que não apenas ofendem os interesses patrimoniais, violando também bens considerados de maior importância, como a vida e a integridade física. Esses são os denominados crimes complexos, por terem em sua composição dois crimes diversos (crime-meio e crime-fim) que formam uma unidade jurídica.³⁷ São dois os delitos complexos elencados no título em comento: o crime de roubo e o crime de extorsão, ambos com previsão no Capítulo II do Título dos crimes contra o patrimônio. Estes tipos penais, de modo simultâneo, violam o patrimônio e a vida ou a integridade física da pessoa ofendida, entretanto, são capitulados como crimes patrimoniais e não como crimes contra a vida, pois o crime-fim, ou seja, o objetivo de seu autor é patrimonial. E é em razão de a separação dos

³¹ BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 6.

³² FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 12.

³³ *Ibid.*, p. 331.

³⁴ Art. 312 – Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do encargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

³⁵ FRAGOSO; HUNGRIA, *op. cit.*, p. 11.

³⁶ *Ibid.*, p. 12.

³⁷ *Ibid.*, p. 13.

crimes patrimoniais obedecer ao interesse predominante protegido pela lei,³⁸ que os referidos tipos penais possuem previsão no título dos crimes contra o patrimônio, independente do meio usado na busca do objetivo.

2.3 O CRIME DE ROUBO

O crime de roubo, como figura típica autônoma que conhecemos, não tem esta previsão em todas as legislações. O fato se dá em razão de ser o roubo crime derivado do furto, um furto violento, como foi previsto na maioria das leis antigas.³⁹ No que diz com o sistema penal pátrio, os três Códigos Penais Brasileiros (Código Criminal de 1830, Código Republicano de 1890 e o atual Código Penal de 1940) não ignoraram as diferenças atinentes ao furto e ao roubo, todavia, os tratos por eles dados aos tipos foram diversos. O Código Criminal do Império não fez distinção no que diz à violência empregada contra a coisa e contra a pessoa, prevendo ambas no tipo de roubo (art. 269). Do mesmo modo previu o Código Republicano, ao tipificar o crime de roubo em seus artigos 356 e 358. Foi apenas com a vigência do atual códex que se desmembrou a violência empregada contra a coisa da violência que é empregada contra a pessoa, esta tipificando o roubo, aquela espécie de furto qualificado. Além disso, o atual Código Penal brasileiro inovou ao acrescentar ao meio de execução do crime a grave ameaça e a impossibilidade da vítima de resistir ou de se defender.⁴⁰

O Código Penal dispõe sobre o crime de roubo em seu artigo 157, que diz: “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”. Tal crime é considerado uma espécie do gênero furto, previsto no artigo 155 do Código Penal,⁴¹ pois nada mais é que um “furto qualificado pelo meio empregado pelo agente, consistente em grave ameaça ou violência à pessoa, ou qualquer outro meio capaz de reduzi-la à impossibilidade de

³⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: Volume 2 – Dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio.** 21. ed. atual. por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 204.

³⁹ DUTRA, Mário Hoepfner. **O furto e o roubo (em face do Código Penal brasileiro).** São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 217.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 107-108.

⁴¹ Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

resistir”.⁴² Por tal razão é que o roubo é considerado um crime complexo, pois é resultado do crime de furto (aqui tido como crime fim) somado aos crimes de lesão corporal leve ou constrangimento ilegal (crimes meio).⁴³

O crime de roubo, portanto, é constituído de elementares que, isoladas, constituem delitos distintos, e é em razão disso que ele tutela mais de um bem jurídico.⁴⁴ Por um lado há a proteção do patrimônio, público ou privado, que é o alvo do agente. Aqui são protegidos de modo direito a posse e a propriedade da coisa móvel, admitindo também a detenção do bem como objeto de tutela penal.⁴⁵ O objeto do agente é a coisa móvel corpórea de outrem, trata-se de crime contra a propriedade *stricto sensu*.⁴⁶ De outro lado, tem-se a tutela da liberdade individual, da integridade física e da saúde,⁴⁷ atingidas no modo empregado à obtenção ou à assegação do objetivo do autor do crime. Leciona Hungria que é em razão da extrema gravidade do meio pelo qual o agente se usa para alcançar a finalidade patrimonial, a qual demanda maior rigor, que o roubo é um tipo penal independente, e não apenas uma espécie do gênero furto.⁴⁸

O sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, com exceção àquela que é proprietária do bem, pois não se estaria subtraindo coisa alheia. Bitencourt refere que, nos casos em que o sujeito ativo é o próprio proprietário do bem, este comete o crime de exercício arbitrário das próprias razões,⁴⁹ e, a depender das circunstâncias, pode responder também pela violência empregada. O sujeito passivo, ao seu turno, pode ser o proprietário, possuidor ou detentor da coisa. Ainda, como o tipo penal se constitui de duas condutas, há a possibilidade de serem dois os sujeitos passivos, um deles o proprietário ou o possuidor do bem, e o outro a vítima da violência ou grave ameaça.⁵⁰

⁴² BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 203.

⁴³ *Ibid.*, p. 205.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 733.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 33.

⁴⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 71.

⁴⁷ BITENCOURT, *loc. cit.*

⁴⁸ FRAGOSO; HUNGRIA, *loc. cit.*

⁴⁹ 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 de pena correspondente à violência.

⁵⁰ BITENCOURT, *loc. cit.*

O tipo subjetivo do roubo, como no crime de furto, consiste na vontade de subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem. Há excepcional diferenciação entre tais tipos, todavia, no que tange à intenção do agente em ter a coisa de modo definitivo, que aqui significa não pretender restituí-la à pessoa de quem a retirou. É que no furto é necessária vontade de ter a coisa para si ou para outrem de modo definitivo⁵¹, pois o chamado furto de uso não é punível.⁵² Modo diverso, o roubo é punível, independente da intenção do agente de ficar com o bem para si ou usá-lo de maneira momentânea, embora uma parte da doutrina entenda que o ânimo de somente usar a coisa exclua o crime.⁵³ Isso ocorre por tratar-se de crime complexo, de modo que, ainda que inexistia a ideia de apoderamento definitivo da coisa, a qual foi subtraída para uso momentâneo, já ocorreu lesão aos outros bens jurídicos protegidos pelo tipo penal: “a integridade física, a liberdade individual, etc.”.⁵⁴

O tipo objetivo, por sua vez, é constituído de duas ações: a primeira é subtrair e a segunda consiste em empregar contra a pessoa-alvo violência, grave ameaça ou outro meio capaz de reduzir a resistência. Em razão da multiplicidade de ações, faz-se necessária análise separada e pormenorizada de cada uma delas.

O ato de subtrair, importando a conceituação doutrinária atribuída ao furto, é composto de dois momentos: “apreensão da coisa e, a seguir, sua efetiva tirada à esfera de atividade patrimonial do proprietário”.⁵⁵ O primeiro ato, subtrair, quer dizer “tirar, retirar, surrupiar, tirar às escondidas”,⁵⁶ ou seja, é a ação perpetrada pelo agente ativo para pegar o bem. Segundo Rogério Sanches Cunha, a subtração é a conduta de apoderar-se da coisa, sendo que o apoderamento pode ser direto ou indireto, isto é, pode se dar por apreensão manual do agente ou por intermédio de pessoa ou animais.⁵⁷ A segunda ação, instantânea à primeira, é a retirada do objeto da esfera de disponibilidade de seu proprietário, possuidor ou detentor, que deve

⁵¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 23.

⁵² “Ocorre o denominado *furto de uso* quando alguém, indevidamente, subtrai coisa alheia infungível para utilizá-la momentaneamente, restituindo-a, na íntegra, à esfera de disponibilidade do sujeito passivo. Conduta que satisfaça essas características não excede os limites do ilícito civil. Constitui, em outros termos, figura atípica perante o atual Código Penal.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 92-93).

⁵³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 303.

⁵⁴ THUMS, Gilberto. **Crimes contra o patrimônio**: jurisprudência do STF e do STJ, doutrina e análise crítica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 93.

⁵⁵ FRAGOSO; HUNGRIA, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 702.

⁵⁷ CUNHA, *op. cit.*, p. 130.

restar na posse do autor do crime, ainda que por curto período de tempo. O objeto material do delito, por tal motivo, conforme refere Salles Júnior, “deve ser coisa que possa ser transportada, ou porque tem movimento próprio ou porque a ação humana consiga retirá-la do lugar”.⁵⁸ A subtração, portanto, ocorre quando a coisa sai da esfera de posse da vítima, passando para a do agente em razão do meio que foi utilizado (violência ou grave ameaça), sendo o apoderamento da *res furtiva* feita pelo próprio sujeito ativo da ação.⁵⁹

A outra etapa do crime ora em análise, que o faz ser um crime independente do furto, é o emprego ao sujeito passivo de violência *latu sensu*. A classificação dela pode ser feita como própria ou imprópria, ou seja, com o emprego de força física que ocasionará lesão corporal leve ou vias de fato, ou com o uso de qualquer outro meio, desconsiderando a ameaça. Pode ser também a violência dividida como mediata ou imediata, isto é, contra titular da coisa (proprietário ou possuidor) ou contra terceiro. Ainda, poderá ela ser física (*vis absoluta*) ou moral (*vis compulsiva*), a última sendo a caracterizadora da grave ameaça.⁶⁰

O momento em que perpetrada a violência e a sua finalidade⁶¹ determinará a diferenciação das condutas de roubo próprio (*caput* do art. 157 do Código Penal) e de roubo impróprio (§ 1º da mesma norma penal⁶²). No roubo próprio a violência ou grave ameaça é perpetrada na subtração da coisa, ou seja, antes ou durante a ação de subtrair⁶³; já no roubo impróprio, a violência ou a grave ameaça são empregadas após a subtração da coisa, com o fim de “assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para outrem”.⁶⁴ Tal diferenciação é suficiente no presente trabalho, cuja análise abrangerá, a partir de então, somente a figura do crime de roubo próprio.

O emprego de violência, de grave ameaça ou de outro meio capaz de impossibilitar a resistência do agente passivo com o objetivo de subtrair coisa alheia

⁵⁸ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Roubo e receptação**: indagações, doutrina, prática, formulários. Bauru: Jalovi, 1980. p. 27.

⁵⁹ DUTRA, Mário Hoepfner. **O furto e o roubo (em face do Código Penal brasileiro)**. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 223.

⁶⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 315.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 740.

⁶² § 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.

⁶³ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 738.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 739.

móvel, por si, dá início à execução do roubo.⁶⁵ Cada uma das condutas trata de um tipo de violência contra a pessoa: a primeira é tida como violência física ou própria, a segunda é chamada de violência moral, e a última de violência imprópria.⁶⁶

A violência física à pessoa (*vis in personam* ou *vis corpore illata*)⁶⁷ entende-se pelo constrangimento físico da vítima, isto é, o emprego de força sobre o seu corpo, que retire dela seus meios de defesa, tornando possível a subtração do bem.⁶⁸ É suficiente à sua caracterização que ocorra lesão corporal leve ou vias de fato,⁶⁹ essa entendida como violência física sem dano à integridade corporal,⁷⁰ pois quando resulta em lesão corporal grave ou morte estará configurado o crime de roubo qualificado, tipificado no § 3º do art. 157 do Código Penal.⁷¹ Por não ser necessária a causa de dano físico à configuração da violência, pode o autor do crime limitar-se a constranger a vítima a não resistir.⁷² Nesse sentido, aduz Bitencourt que “não é indispensável que a violência empregada seja irresistível: basta que seja idônea para coagir a vítima, colocá-la em pânico, amedrontá-la, suficiente, enfim, para minar sua capacidade de resistência”.⁷³

A violência moral (*vis compulsiva* ou *vis animo illata*), é a ameaça capaz de causar à vítima fundado receio iminente de grave mal, sendo ele físico ou moral, justo ou injusto, à sua pessoa ou a outra a quem seja afeiçoada.⁷⁴ Conforme leciona Penteadado, ela “deve ser grave bastante para influir, subjetivamente, a vítima a não esboçar reação a ofensa patrimonial e a deixar em consequência do temor ou do receio de mal grave, que o ladrão se apodere da coisa visada”.⁷⁵ O mal prometido pelo agente deve ser futuro, imediato e determinado, ou seja, o agente deve saber o que impor. A ameaça se configura em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico, desde que imponha receio suficiente à pessoa ofendida, a qual

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 734.

⁶⁶ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Roubo e receptação**: indagações, doutrina, prática, formulários. Bauru: Jalovi, 1980. p. 49-50.

⁶⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 54.

⁶⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**: parte especial. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 142.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 110.

⁷⁰ FRAGOSO; HUNGRIA, *loc. cit.*

⁷¹ 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.

⁷² BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 212.

⁷³ BITENCOURT, *loc. cit.*

⁷⁴ FRAGOSO; HUNGRIA, *loc. cit.*

⁷⁵ CARVALHO, Luiz Penteadado de. **Furto, roubo e latrocínio**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1991. p. 29.

deve opor-se à sua liberdade de querer agir,⁷⁶ sendo, ainda, indiferente que o autor do crime tenha ou não o propósito de torná-la efetiva.⁷⁷

Por fim, a violência imprópria ocorre quando empregado pelo agente qualquer meio, diverso das violências física e moral, que logre privar a vítima de seu poder de agir⁷⁸. São equiparados às outras duas formas de violência todo meio pelo qual o autor do crime consiga retirar da vítima a sua capacidade de defesa ou resistência: “uso de soníferos, narcóticos, hipnose, superioridade numérica (considerável)”. Ou seja, basta que a conduta do sujeito ativo tenha o condão de deixar a vítima à sua mercê para que reste configurado o tido como “fórmula genérica” de violência.⁷⁹

O roubo próprio, assim como o furto, tem consumação quando o seu autor logra retirar o objeto material da disponibilidade da vítima,⁸⁰ ainda que seja pouco tempo após preso em flagrante, com a restituição da coisa subtraída.⁸¹ Este foi o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula nº 582:

Consuma-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.⁸²

Por tal razão é classificado como crime material, porquanto o tipo descreve a ação e o seu resultado.⁸³ O delito admite tentativa quando iniciada a execução, ou seja, quando o agente emprega violência ou grave ameaça, mas não logra retirar a coisa alheia móvel da esfera de disponibilidade da pessoa ofendida.⁸⁴

São previstas penas de reclusão, de quatro (04) a dez (10) anos, e multa. A pena privativa de liberdade pode ser aumentada na fração de um terço (1/3) até metade (1/2) nas hipóteses em que incidentes as majorantes previstas no § 2º. Além

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 111.

⁷⁷ CARVALHO, Luiz Penteadado de. **Furto, roubo e latrocínio**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1991. p. 29.

⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, parte especial**: volume I – arts. 121 a 212 do CP. 10. ed. ver. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 55.

⁷⁹ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 113.

⁸⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 316.

⁸¹ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 359.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 582**. Consuma-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. Terceira Seção, julgado em 14/09/2016. DJe 19/09/2016. RB vol. 637 p. 81. RSSTJ vol. 46 p. 489. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=582&tipo=sumula+ou+su&b=SUNT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁸³ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Roubo e receptação**: indagações, doutrina, prática, formulários. Bauru: Jalovi, 1980. p. 39.

⁸⁴ JESUS, *loc. cit.*

disso, recentemente incluídas pela Lei nº 13.654/2018 as majorantes dos §§ 2º-A e 2º-B, hipótese nas quais as penas são aumentadas na fração de dois terços (2/3) ou no dobro, respectivamente. Por fim, as formas qualificadas do crime de roubo têm previsão no § 3º, e elas se configuram quando do delito resulta lesão corporal grave ou morte do sujeito passivo.

2.4 O CRIME DE EXTORSÃO

A extorsão aparece como tipo autônomo somente nas modernas legislações, entretanto, é possível identificar origens no Direito Romano. Primordialmente, havia a previsão do *crimen repetundarum*, sendo constituído pelo ato de “cobrança indevida, praticada mediante ameaça, por funcionário público ou magistrado”.⁸⁵ No período imperial, houve a previsão, como crimes extraordinários, da *concessio publica* e da *concessio privata*, a primeira consistente no fato de o agente simular autoridade ou exercício de função pública para extorquir dinheiro ou valores, e a segunda como o ato de ameaça de ação pública perpetrado pelo agente para obter vantagem patrimonial.⁸⁶ Após, ocorreu a ampliação dos conceitos existentes, ao que se passou a reconhecer o crime sempre que empregada a ameaça na obtenção de vantagem em razão do temor causado na vítima.⁸⁷ Mas foi somente o Código Penal Francês Napoleônico que iniciou a codificação da extorsão, ao prever que ela, ao ser realizada com força, violência ou coação, seria punida com trabalhos forçados.⁸⁸

No que tange à legislação penal brasileira, a primeira aparição do delito de extorsão se deu no Código Penal de 1890 que, inspirado no Código Italiano de 1889, atribuía igualitário tratamento penal à extorsão mediante sequestro, à extorsão propriamente dita, e à pseudo-extorsão, sendo a última figura importada do Código Francês. A atual legislação penal pátria, prevê o delito de extorsão no seu artigo 158 que dispõe a conduta de “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 de fazer alguma coisa”.

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 139-140.

⁸⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, parte especial**: volume I – arts. 121 a 212 do CP. 10. ed. ver. e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p 359.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 360.

⁸⁸ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 140.

A extorsão também é crime complexo, pois tutela conjuntamente o patrimônio, a integridade física e psíquica do ser humano e a sua liberdade individual.⁸⁹ O dolo da conduta é a vontade consciente de fazer uso de violência ou grave ameaça para constranger alguém a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. A obtenção de vantagem econômica é o fim, ou seja, a intenção adicional do alcance do resultado pretendido.⁹⁰ O autor do delito, isto é, seu sujeito ativo, pode ser qualquer pessoa. Do mesmo modo, qualquer pessoa pode figurar no polo passivo, inclusive pessoas jurídicas, vez que possível o sujeito alvo da violência ou grave ameaça ser diferente do sujeito passivo da perda patrimonial. Desse modo, em caso de pessoa jurídica ofendida, seus representantes legais podem ser coagidos a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer algo a mando do autor do crime.⁹¹

A finalidade do agente é a obtenção de indevida vantagem econômica, o que faz ao tolher o patrimônio da pessoa ofendida, e é essa a razão para ter sido o delito enquadrado como crime patrimonial: a busca do indevido locupletamento.⁹² Aliás, o delito muito se aproxima do crime de exercício arbitrário das próprias razões⁹³ com relação ao propósito do agente, mas neste a vantagem pretendida é aparentemente legítima, enquanto na extorsão é ilegítima.⁹⁴ Ainda quanto ao intuito patrimonial, a vantagem pretendida é mais abrangente do que a do furto e a do roubo. Enquanto os delitos de furto e roubo protegem posse, propriedade e detenção de coisa alheia móvel, a extorsão pretende defender o patrimônio em geral, isto é, tem como mira a tutela de qualquer que seja a vantagem econômica patrimonial pretendida pelo autor da ação.⁹⁵ Portanto, a proteção ao patrimônio se dá de maneira mais ampla, nesse sentido leciona Hungria: “trata-se de crime contra o *patrimônio em geral*, e não contra a propriedade (*stricto sensu*)”.⁹⁶

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 141.

⁹⁰ *Ibid.*, p.143.

⁹¹ *Ibid.*, p. 140-141.

⁹² CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**: parte especial. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 148.

⁹³ Art. 345 – Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

⁹⁴ PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Crimes contra o patrimônio**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 65.

⁹⁵ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 142.

⁹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 71.

A conduta típica do crime é constranger a pessoa-alvo, o meio empregado ao alcance do fim pretendido é obrigar, forçar, coagir,⁹⁷ mediante violência ou grave ameaça, a pessoa ofendida a fazer, tolerar que se faça, ou deixar de fazer algo. O verbo nuclear constranger possui a mesma definição do crime de constrangimento ilegal,⁹⁸ diferenciando os delitos no que diz à finalidade de seu autor: na extorsão o agente tem finalidade patrimonial, no constrangimento ilegal não. O meio pelo qual há o constrangimento, isto é, mediante violência ou grave ameaça, possui idêntico significado dos termos contidos no crime de roubo.⁹⁹ Destarte, assim como no roubo, na extorsão a *vis corporalis* ou a *vis compulsiva* poderão ser exercidas contra a pessoa cujo patrimônio é pretendido lesar, ou contra outra pessoa àquela ligada de modo que “não vacile em sacrificar-se para salvá-la de mal atual ou futuro”.¹⁰⁰

A ameaça (*vis compulsiva*) é o meio mais comum empregado à extorsão e, mesmo modo ao que ocorre no crime de roubo, não há necessidade em distinguir se o mal prometido é injusto em si mesmo, ou não. Por tal razão é que a extorsão não se confunde com o delito de ameaça,¹⁰¹ no qual é obrigatório que o mal seja injusto.¹⁰² A ameaça, contudo, deve ser grave, capaz de intimidar a vítima de acordo com suas condições pessoais, em que pese seja possível resistência ao ato de constrangimento.¹⁰³ Pode a ameaça intentar “todo bem ou interesse cujo sacrifício represente, para o respectivo titular, um mal maior que o prejuízo patrimonial correspondente à vantagem exigida pelo extorsionário”.¹⁰⁴

A violência física (*vis corporalis*), por sua vez, deve ser dotada de gravidade suficiente a criar espécie de coação, tendo idoneidade para determinar à pessoa-alvo a necessidade de fazer ou não fazer a ação pretendida pelo criminoso.¹⁰⁵ Ela consiste no emprego de força contra o corpo da vítima que resulta em lesão corporal

⁹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1237.

⁹⁸ Art. 146 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 141.

¹⁰⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 68.

¹⁰¹ Art. 147 – Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

¹⁰² FRAGOSO; HUNGRIA, *op. cit.*, p. 69.

¹⁰³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1237.

¹⁰⁴ FRAGOSO; HUNGRIA, *loc. cit.*

¹⁰⁵ BITENCOURT, *loc. cit.*

leve ou em vias de fato. Essa violência tem o intuito de vencer a resistência da pessoa ofendida, e pode ser produzida pela energia corporal do sujeito ativo ou por outros meios “como fogo, água, energia elétrica (choque), gases, etc.”.¹⁰⁶ Em suma, todas as disposições atinentes ao roubo, no que diz ao meio de execução (violência ou grave ameaça), são também aplicáveis à extorsão. No que tange ao meio empregado pelo agente para coagir a pessoa-alvo, destaca Hungria:

A violência, física ou moral, deve ser de molde a criar para a vítima, em relação de causa a efeito, um estado de coação atinente a um *facere* (ex.: depositar em certo lugar determinada quantia), ou a um *pati* (ex.: tolerar que um título de crédito seja inutilizado pelo agente, seu devedor, a quem fora entregue para resgate), ou a um *omittere* (ex.: deixar de propor uma cobrança judicial; abster-se de competir nalguma empresa ou negócio).¹⁰⁷

O nexos causal à coação é a expressão “alguma coisa” descrita no tipo penal. Essa tem sentido amplo e genérico de qualquer fato,¹⁰⁸ ou seja, pode constituir-se de qualquer ação. Assim, ao atuar coagida, a vítima torna-se *longa manus* do autor do crime¹⁰⁹, sendo o efeito imediato da coação (fazer, tolerar que se faça, ou deixar de fazer) o momento consumativo da extorsão, ainda que o seu autor não logre atingir a vantagem patrimonial indevida. É que a obtenção da vantagem econômica é só a finalidade, distinta do ato de realização ou consumação do tipo penal.¹¹⁰ No ponto, sinala Damásio de Jesus: “o núcleo do verbo é constranger e não obter”.¹¹¹

A extorsão, portanto, se consuma com o resultado do constrangimento, sendo a obtenção da vantagem patrimonial mero exaurimento do delito, já consumado.¹¹² Daí a razão de o delito ser classificado pela doutrina e pela jurisprudência como crime formal, caracterizado por ser o tipo que descreve apenas o comportamento do agente, sem referenciar qualquer alteração no mundo exterior advinda da conduta perpetrada.¹¹³ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento,

¹⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 110.

¹⁰⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 70.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 71.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 77.

¹¹⁰ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 143.

¹¹¹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 339.

¹¹² BITENCOURT, *op. cit.*, p. 160.

¹¹³ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Roubo e receptação**: indagações, doutrina, prática, formulários. Bauru: Jalovi, 1980. p. 39.

ao editar a Súmula de nº 96: “O crime de extorsão consuma-se independentemente de obtenção da vantagem indevida”.¹¹⁴

A tentativa é admitida no delito, o que ocorre quando a vítima, mesmo que constrangida pelo sujeito ativo, não se submete à vontade dele. Desse modo, o ato do agente de constranger sem a devida atuação da vítima (a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer algo) configura mera tentativa de extorsão.¹¹⁵

Ao delito são cominadas penas de reclusão, de quatro (04) a dez (10) anos, e multa, sendo previstas, em seu § 1º, as majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma, que podem aumentar a pena privativa de liberdade de um terço (1/3) até a metade (1/2). Nos §§ 2º e 3º estão cominados os tipos qualificados de extorsão, quando da violência resulta lesão corporal grave ou morte (§ 2º), e quando há restrição da liberdade da vítima à obtenção da vantagem (§ 3º).

2.5 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE O ROUBO E A EXTORSÃO

Da análise pormenorizada de cada um dos delitos, percebe-se terem eles muitas semelhanças. Nessa senda, destaca Bitencourt:

Não há no Código Penal brasileiro tipos penais mais assemelhados, em seus elementos estruturais, que roubo e extorsão, tanto que, não raro, surge a dúvida sobre correta capitulação entre um e outra, recebendo capitulações diversas, nos dois graus de jurisdição, o mesmo fato num mesmo processo.¹¹⁶

É que ambos são crimes complexos, têm finalidade patrimonial e o meio de execução empregado é a violência ou a grave ameaça, razão pela qual as penas cominadas nos tipos comuns dos delitos é a mesma.¹¹⁷ Nessa perspectiva é a lição de Weber Batista, ao afirmar serem roubo e extorsão crimes da mesma espécie, justamente por terem mesmos elementos objetivos e subjetivos: “em qualquer dos dois, visa o agente, mediante violência ou grave ameaça, a *inibir* (roubo) ou *viciar*

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 96**. O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida. Terceira Seção, julgado em 03/03/1994. DJ 10/03/1994 p. 4021. RSSTJ vol. 7 p. 63. RSTJ vol. 61 p. 261. RT vol. 704 p. 385. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=96&tipo=sumula+ou+su&b=SUNT&thesaurus=JURI DICO&p=true>>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 161.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 162.

¹¹⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra o patrimônio**. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

(extorsão), a vontade da vítima, para obter dela, em favor próprio ou de outrem, a vantagem econômica”.¹¹⁸

De outra feita, possível observar sutis diferenças entre os delitos. A iniciar pelo bem jurídico tutelado, pois em que pese ambos tenham finalidade patrimonial, a extorsão tutela o patrimônio de modo mais abrangente, enquanto o roubo protege a propriedade *stricto sensu*, como já visto. Além disso, recebem diferente classificação no que tange à consumação dos delitos. O roubo é classificado como crime material, ou seja, se consuma quando sua ação produz resultado no mundo exterior, que consiste na diminuição do patrimônio do ofendido,¹¹⁹ com a perda da disponibilidade da coisa subtraída. Já a extorsão é considerada crime formal, pois tem consumação independente da obtenção da vantagem indevida, bastando, para tanto, a atuação da vítima em face do constrangimento causado pelo autor.¹²⁰

Todavia, a principal diferença advém do verbo nuclear de cada um dos tipos e, por consequência, da maneira como alcançado o patrimônio da pessoa ofendida. No roubo o agente subtrai a coisa alheia móvel, enquanto no crime de extorsão o agente constrange a pessoa ofendida a fazer, tolerar que se faça, ou deixar de fazer algo à obtenção da vantagem patrimonial. A tenuidade da distinção entre os tipos faz com que doutrina e jurisprudência procurem extremar diferenças entre os delitos,¹²¹ com o enquadramento de hipóteses limítrofes.

2.5.1 Hipótese para enquadramento típico

Evidente que roubo e extorsão são crimes extremamente semelhantes, o que pode, por vezes, gerar imprecisão na adequação de certa conduta criminosa. Nesse sentido, afirma Gilberto Thums que “a extorsão apresenta muitas semelhanças com o crime de roubo e gera confusão em algumas situações concretas”.¹²² Uma das situações que pode gerar incerteza quanto à tipificação da conduta é o ato delitivo atualmente e popularmente conhecido como assalto à mão armada.¹²³

¹¹⁸ BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 356.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 130.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 162.

¹²¹ *Ibid.*, p. 146.

¹²² THUMS, Gilberto. **Crimes contra o patrimônio**: jurisprudência do STF e do STJ, doutrina e análise crítica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 117.

¹²³ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 140.

A conduta perfaz-se quando o agente, munido de arma de fogo, aborda a vítima e, lhe apontando o artefato bélico, exige que seja entregue o telefone celular, por exemplo, ao que a pessoa ofendida atende o determinado, o autor do crime fugindo em posse da *res furtiva*. Nesse caso, tem-se ameaça perpetrada pelo criminoso que determina agir da pessoa ofendida (entregar o celular), o qual possibilita êxito do intento delitivo: obtenção do aparelho telefônico, bem móvel de outrem, o que configura vantagem patrimonial, pois implica perda no patrimônio do ofendido em face do enriquecimento indevido do sujeito ativo.

A hipótese, desde os primórdios da vigência do atual Código Penal, já era problematizada. Hungria, fazendo referência à situação levantada por Von Liszt, questionava se no “caso do ladrão que aterroriza a vítima com o revólver em punho e o dilema *a bolsa ou a vida*” estar-se-ia diante do crime de roubo ou de extorsão.¹²⁴ A dificuldade, que ainda é atual, está em distinguir o desapossamento da subtração, o constrangimento da espoliação patrimonial,¹²⁵ e não há na dogmática penal consenso sobre a tipificação. Assim, diz Piedade Júnior que “enquanto alguns afirmam tratar-se de delito de roubo, outros dizem ser de extorsão, a depender da conduta do agente”.¹²⁶

A problemática, embora não solucionada, não ensejava grandes discussões. É que roubo e extorsão recebiam, anteriormente, mesmo trato: têm penas idênticas aos tipos comuns, e tinham a mesma possibilidade de majoração às causas de aumento previstas (de um terço até a metade); duas delas, aliás, comuns a ambos os delitos (concurso de agentes e emprego de arma). A similitude com que tratados os crimes, até mesmo chamados de “irmãos gêmeos”,¹²⁷ fez com que a discussão não tivesse repercussão do ponto de vista prático,¹²⁸ razão pela qual o tema não foi sede de grandes debates nos últimos tempos.

¹²⁴ LISZT, Von Lehrbuch. In: FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 66.

¹²⁵ THUMS, Gilberto. **Crimes contra o patrimônio**: jurisprudência do STF e do STJ, doutrina e análise crítica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 109.

¹²⁶ PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Crimes contra o patrimônio**: perguntas e respostas. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 52.

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 144.

¹²⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 66.

2.5.2 Teorias doutrinárias sobre a diferenciação do roubo e da extorsão

A doutrina penal brasileira, com o objetivo de estabelecer parâmetros para diferenciar roubo e extorsão na hipótese da conduta conhecida como assalto à mão armada, dividiu-se em três principais correntes, que serão a seguir expostas. Importa ressaltar, não há, atualmente, unanimidade na aplicação de uma das posições.

A primeira delas, sustentada por Hungria, baseada na tese de Frank¹²⁹, aponta ser evidente a diferença entre os tipos, sendo ela extraída diretamente do texto legal de cada um deles: “no roubo, a violência é empregada para que o agente, ele próprio, diretamente, subtraia o alheio, enquanto que, na extorsão, o é para coagir a vítima a entregar o que é seu”.¹³⁰ É que o verbo nuclear do roubo indica ação particular do sujeito ativo, quem atua não só no meio usado à subtração (com uso de violência ou grave ameaça), mas no apossamento da coisa em si, enquanto a vítima se mantém inerte. De outro lado, na extorsão, que tem como verbo nuclear constranger, a ação do agente restringe-se a obrigar a pessoa-alvo a uma ação ou omissão,¹³¹ é a própria vítima, coagida pela ação inicial do sujeito ativo, que deve se movimentar para a consumação do crime. Assim, evidente é que “no roubo é o agente quem subtrai os bens da vítima, ao passo que na extorsão é a vítima quem se desposa de seus bens e o entrega ao agente, face aos meios de execução”.¹³² Os autores que levam a frente tal posição doutrinária concluem, portanto, que “no roubo há uma *contractatio*; na extorsão há uma *traditio*”.¹³³

A segunda corrente, evidenciada nas lições de Noronha, procura diferenciar o roubo e a extorsão por meio da contemporaneidade ou da futuridade da conduta e de seu resultado.¹³⁴ O penalista brasileiro inspira-se na doutrina de Francesco Carrara, o qual refere, em sua obra, a lei não se prestaria a fazer dois tipos penais

¹²⁹ FRANK, *Vergleichende Darstellung*, parte especial. vol. 6, p. 31. In: FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 66.

¹³⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 57.

¹³¹ GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. **O crime de extorsão no direito penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 37.

¹³² PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Crimes contra o patrimônio: perguntas e respostas**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 64.

¹³³ FRAGOSO; HUNGRIA, *op. cit.*, p. 66.

¹³⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: Volume 2 – Dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio**. 21. ed. atual. por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 266.

diversos se a diferença consistisse apenas no “*coger o en hacerse entregar algo*”.¹³⁵ Para o autor italiano, a diferença dos crimes é resultado do intervalo de tempo que deve ocorrer, mesmo que breve, entre a ameaça de dano e a sua execução, ou entre a ameaça de dano e o apoderamento da coisa. Assim, exemplifica que, enquanto no tipo de roubo o autor deve dizer: dá-me isso ou eu te mato; na extorsão deve o sujeito ativo manifestar: se não me der isso, ou eu te matarei ou queimarei a tua casa. Assim, a atuação da vítima na extorsão se dá por ter um espaço de tempo a possibilitar que ela evite o dano, sem perder o que é exigido pelo autor, ao passo que no roubo o dano é inevitável, por tratar-se de ameaça iminente, ao que deve a vítima entregar a coisa ou sofrer o mal. Então, o entendimento da segunda corrente pode ser resumido, nas seguintes palavras de seu condutor: “*el mal inminente y el robo simultaneo constituyen el hurto violento; el mal futuro y el hurto futuro constituyen la extorsión*”.¹³⁶

Já o terceiro posicionamento assevera a diferença entre os delitos está na prescindibilidade do comportamento da pessoa ofendida. Weber Batista aduz que no roubo a obtenção da coisa depende unicamente do agente, ao revés, na extorsão, conquistar a vantagem é impossível sem a cooperação da ofendida.¹³⁷ O autor se baseia no critério de Luigi Conti,¹³⁸ o qual aponta ser o mais correto, ao concluir que o comportamento da vítima é irrelevante no roubo, visto que o autor pode se apoderar do objeto com ou sem a participação daquela, a qual “fica ‘a mercê’ do agente”.¹³⁹ Os adeptos desta corrente concordam que se a vítima possuía alguma possibilidade de escolha de entregar ou não o objeto, deve ser configurado o crime de extorsão.¹⁴⁰ Isso porque o objetivo do autor não é diretamente acessível por ele, quem depende de ação da pessoa-alvo,¹⁴¹ tendo em vista que fica impossibilitado o alcance do “bem material por mão própria”.¹⁴²

¹³⁵ CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**: parte especial - Volume IV. Bogotá: Temis, 1974. p. 160.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 161.

¹³⁷ BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 300.

¹³⁸ CONTI, Luigi. In: BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 297.

¹³⁹ BATISTA, *op. cit.*, p. 297.

¹⁴⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra o patrimônio**. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.

¹⁴¹ THUMS, Gilberto. **Crimes contra o patrimônio**: jurisprudência do STF e do STJ, doutrina e análise crítica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 109.

¹⁴² *Ibid.*, p. 121.

Ainda, há quem comine dois dos critérios. Rogério Greco assim se posiciona, ao dizer que a extorsão resta configurada quando for imprescindível a conduta da vítima, a qual deve ser aliada à existência de um lapso temporal entre o uso da violência ou da grave ameaça e a obtenção da vantagem indevida. Entende que, “mesmo que sem a colaboração da vítima o agente não pudesse obter a vantagem indevida [...], o fato de não ter um tempo para refletir sobre a exigência que lhe é feita mediante violência ou grave ameaça faz com que o crime seja roubo”.¹⁴³

Embora a maioria dos penalistas brasileiros se afeioe à primeira corrente teórica,¹⁴⁴ certo é que há grande dissenso acerca da correta tipificação do assalto. A razão do intento de estabelecer os outros critérios se dá em razão do “apego à ideia de que aquele que se vê obrigado a entregar a carteira, por exemplo, é vítima de roubo”,¹⁴⁵ o que ocorre em razão de ser o tipo do roubo mais antigo e tradicional do que o crime de extorsão. Todavia, como bem leciona Gomes Junior, não se pode admitir que a afeição à figura mais clássica seja impeditiva de que os tipos sejam apreciados com o devido rigor científico.¹⁴⁶

2.5.3 O tema na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Para além da discussão doutrinária, tem-se também insegurança no que diz à adequação típica das condutas de roubo e de extorsão na jurisprudência pátria. A fim de demonstrar a oscilação do posicionamento, far-se-á apresentação de pesquisa empírica realizada junto ao banco de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, corte eleita por versar sobre matéria de Lei Federal, com o intuito de uniformizar a sua interpretação.¹⁴⁷ O procedimento realizado partiu dos termos “roubo” e “extorsão” buscados junto do depósito *online* de jurisprudência da Corte Superior de Justiça.¹⁴⁸ O marco temporal compreendido na pesquisa deu-se entre os anos de 1990 (primeiro julgado disponibilizado) até 31 de março de 2018, a fim de

¹⁴³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume II (arts 121 a 212). 16. ed. Niterói: Impetus, 2019. p. 707.

¹⁴⁴ BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 295.

¹⁴⁵ GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. **O crime de extorsão no direito penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Lati, 2012. p. 91.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 92.

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Atribuições do STJ**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Atribuicoes>>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Página de Pesquisa de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

observar a posição jurisprudencial anterior ao advento da Lei nº 13.645/2018. Foram encontrados 437 acórdãos, dos quais selecionados cinco (5) para análise efetiva – a saber: Recurso Especial nº 1.386/RJ, Recurso Especial nº 90.097/PR, *Habeas Corpus* nº 10.375/MG, *Habeas Corpus* nº 86.127/RJ, Recurso Especial nº 332.948/SP e *Habeas Corpus* nº 402.871/SP – foram afastados da pesquisa os julgados desinteressantes ao trabalho e os de matéria repetida aos já selecionados.

O Recurso Especial nº 1.386,¹⁴⁹ primeiro julgado que versa sobre o tema, ao adotar a teoria lançada na doutrina brasileira por Hungria, concluiu trata-se de crime de extorsão a conduta do agente que, simulando estar armado, exige que a vítima lhe entregue seus relógio e anel. Assim concluiu o Ministro Relator, sob a alegação de que o delito se deu mediante a ação da vítima de entregar, e não sobre o ato do agente de subtrair os bens por ele pretendidos. O acórdão restou assim ementado:

CRIME DE ROUBO E EXTORSÃO. POSSIVEL A TENTATIVA DE EXTORSÃO, PELA SUA CONDIÇÃO DE CRIME MATERIAL. **O ROUBO CARACTERIZA-SE PELA SUBTRAÇÃO DA COISA ALHEIA MOVEL, MEDIANTE GRAVE AMEAÇA OU VIOLENCIA A PESSOA. A EXTORSÃO, PELA OBTENÇÃO DE INDEVIDA VANTAGEM ECONOMICA ATRAVES DE CONSTRANGIMENTO, MEDIANTE VIOLENCIA OU GRAVE AMEAÇA. NA HIPOTESE DOS AUTOS, A VÍTIMA, SOB COAÇÃO, ENTREGOU OS OBJETOS QUE PORTAVA. NÃO HOUVE SUBTRAÇÃO, MAS ENTREGA (TRADITIO), QUE CARACTERIZA A EXTORSÃO. E A LIÇÃO DE FRANK, NO SENTIDO DE QUE, O 'LADRÃO SUBTRAI, O EXTORSIONARIO FAZ COM QUE SE LHE ENTREGUE'.** ADMITIDO COMO CRIME MATERIAL, A AÇÃO DELITUOSA FICA NA TENTATIVA, DESDE QUE O AUTOR, DELA NÃO TIROU PROVEITO ECONOMICO, DADA A PRONTA INTERVENÇÃO DA POLÍCIA. PROVIDO PARCIALMENTE O RECURSO, PARA RESTABELECEER A SENTENÇA. (REsp 1.386/RJ, Rel. Ministro JOSE CANDIDO DE CARVALHO FILHO, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/1990, DJ 05/03/1990, p. 1417, grifo do autor)

Já no Recurso Especial nº 90.097,¹⁵⁰ a Superior Corte de Justiça mudou sua posição acerca do critério de diferenciação entre roubo e extorsão, a aplicar a teoria que tem por base o futuro mal prometido no delito de extorsão, em contrapartida à

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.386**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Djair D'Aguiar. Relator Ministro José Candido de Carvalho Filho, Sexta Turma, julgado em 06/02/1990, data da publicação: 05/03/1990. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=198900117220&dt_publicacao=05/03/1990>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 90.097**. Recorrente Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Ezequiel Santana do Vale. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 25/11/1997, data de publicação: 25/02/1995. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199600150699&dt_publicacao=25/02/1998>. Acesso em: 10 out. 2020.

imediação deste mal no roubo, o que faz com que a vítima não tenha escolha se não obedecer à ordem do agente. O julgado concluiu que a conduta do agente que, com ameaça exercida por arma de fogo, coage as vítimas a entregar aparelhos de videocassete, deve ser tida como roubo, pois as vítimas restaram impossibilitadas de agir, ficaram dominadas pela violência iminente, sendo a entrega por elas feita tão mínima a ponto de não poder-se configurar a extorsão. Assim ementado o recurso:

RESP - PENAL - ROUBO - EXTORSÃO - DIFERENÇA - **NO ROUBO E NA EXTORSÃO, O AGENTE EMPREGA VIOLENCIA, OU GRAVE AMEAÇA A FIM DE SUBMETER A VONTADE DA VITIMA. NO ROUBO, O MAL E "IMINENTE" E O PROVEITO "CONTEMPORANEO"; NA EXTORSÃO, O MAL PROMETIDO E "FUTURO" E "FUTURA" A VANTAGEM A QUE SE VISA** (CARRARA). NO ROUBO, O AGENTE TOMA A COISA, OU OBRIGA A VITIMA (SEM OPÇÃO) A ENTREGA-LA. NA EXTORSÃO, A VITIMA PODE OPTAR ENTRE ACATAR A ORDEM OU OFERECER RESISTENCIA. HUNGRIA ESCREVEU: NO ROUBO, HA CONTRACTATIO; NA EXTORSÃO, TRADITIO. (REsp 90.097/PR, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/1997, DJ 25/02/1998, p. 127, grifo do autor)

No *Habeas Corpus* nº 10.375,¹⁵¹ analisado o caso do agente que entrou no carro da vítima e, com ameaça exercida com arma de fogo, a fez dirigir até outro ponto da cidade, tendo, após, lhe exigido a entrega do cartão bancário, com a respectiva senha, bem como do talão de cheques, fazendo-a assinar algumas cédulas. A Corte Superior decidiu o autor do delito perpetrar os crimes de roubo (com relação à subtração do carro) em concurso material com a extorsão (referente à exigência da entrega do cartão, com fornecimento de sua senha, e entrega do talão de cheques com a assinatura dos mesmos). Assim o fez em correspondência ao Recurso Extraordinário nº 96.701¹⁵² do Supremo Tribunal Federal, que assentou entendimento de que roubo e extorsão não são delitos da mesma espécie, devendo incidir entre eles o concurso material de crimes. O julgado do Superior Tribunal foi assim ementado:

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 10.375**. Impetrante: Obregon Gonçalves. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 04/11/1999, data de publicação: 22/11/1999. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199900709012&dt_publicacao=22/11/1999>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 96.701**. Recorrente: Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro. Recorrido: Willy Besen. Relator Ministro Firmino Paz, Segunda Turma, julgado em 29/06/1982, data de publicação: 13/08/1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=190122>>. Acesso em: 10 out. 2020.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. EMENDATIO LIBELLI. MUTATIO LIBELLI. CPP, ART. 363. ROUBO E EXTORSÃO. CONCURSO MATERIAL.

CONTINUIDADE DELITIVA. CP, ART. 71.

1. A sentença pode modificar a capitulação do delito descrito na denúncia, sem que isso possa ser considerado mutatio libelli. Tem-se no caso, emendatio libelli.

2. O réu, após roubar o carro da vítima, obrigou-a a entregar o cartão 24 horas e o talonário de cheques, além de coagi-la a assinar alguns desses cheques, o que caracteriza o crime de extorsão.

Conclui-se que o réu praticou os crimes de roubo e extorsão em concurso material.

3. Os crimes de roubo e extorsão não são crimes da mesma espécie, pelo que não ensejam continuidade delitiva, mas, sim, concurso material. Precedentes do STF.

4. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria no HC nº 77.990-5.

5. HC indeferido.

(HC 10.375/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/1999, REPDJ 29/11/1999, p. 208, DJ 22/11/1999, p. 200, grifo do autor)

No *Habeas Corpus* nº 86.127,¹⁵³ a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, fez uso da corrente doutrinária que diz a diferença entre roubo e extorsão se dá em razão da prescindibilidade do comportamento da vítima. Destarte, na dúvida acerca da tipificação da conduta do agente, decidiu tratar-se de extorsão mediante sequestro, e apontou a diferença consiste em que na extorsão é necessário que a vítima participe da ação, ao passo que no roubo não. Assim a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO CRIME DE ROUBO. VÍTIMA MANTIDA EM CATIVEIRO, SOB AMEAÇA DE ARMA DE FOGO, OBRIGADA A ENTREGAR O CARTÃO MAGNÉTICO E A SENHA DO BANCO COMO CONDIÇÃO PARA SUA LIBERTAÇÃO. FATOS ADMITIDOS PELA IMPETRAÇÃO. CRIME CONSUMADO. SÚMULA 96/STJ. INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DO § 1o. DO ART. 159 DO CPB. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS.

INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Os crimes de roubo e de extorsão mediante seqüestro diferenciam-se porque, no segundo exige-se a participação ativa da vítima, que deve fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa; destarte, a conduta admitida pelo próprio impetrante/paciente de restringir a liberdade da vítima e obrigá-la a fornecer o cartão do banco e a respectiva senha, para obtenção de vantagem ilícita exigida como condição para a sua libertação, caracteriza o crime de extorsão mediante seqüestro e não roubo.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 86.127**. Impetrante: José Paulo da Silva Macedo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 21/02/2008, data de publicação: 17/03/2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701388423&dt_publicacao=17/03/2008>. Acesso em: 10 out. 2020.

2. Para a concretização do crime do art. 159 do CPB é dispensável que a privação da liberdade da vítima seja superior a 24 horas. Tal só se exige para a incidência da qualificadora do § 1º do referido artigo; todavia, na hipótese, a referida qualificadora foi aplicada porque a vítima era maior de 60 anos e não em razão do tempo de duração do seqüestro.

3. Cuidando-se de crime formal, seqüestrada a vítima e exigido o resgate, ocorre a consumação, ainda que não se tenha conseguido a vantagem econômica almejada (Súmula 96/STJ).

4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC 86.127/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 17/03/2008, grifo do autor)

Nos dez (10) anos seguintes, não houve modificação no entendimento da Superior Corte de Justiça. Não se encontram maiores discussões sobre os critérios de diferenciação entre roubo e extorsão, o que se justifica frente à ausência de interesse prático na temática, pois os delitos possuíam idênticas penas. Porém, a Superior Corte firmou entendimento em aplicar o concurso material entre os delitos, a repisar não são eles crimes de mesma espécie, em evidente dissenso ao que aduz a doutrina sobre o tema. Luciano Anderson de Souza leciona que por ambos os delitos visarem ao mesmo bem jurídico, qual seja, o patrimônio alheio, é que são de mesma espécie, devendo ser entre eles reconhecida a continuidade delitiva¹⁵⁴. E, ainda, Bitencourt adverte, ao não concordar com tal posicionamento, que o fundamento usado pela jurisprudência “reside na ânsia de majorar a pena”.¹⁵⁵

¹⁵⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: volume 3, parte especial. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 103.

¹⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 148.

3 A INCIDÊNCIA DO EMPREGO DE ARMA QUANDO DA APLICAÇÃO DA PENA NOS CRIMES DE ROUBO E DE EXTORSÃO

3.1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUA FINALIDADE

O termo pena, de “*poena*” em latim diz, genericamente, a respeito de um castigo como resultado da desobediência de um dever, civil ou penal, mas para ter a sua definição exata, é preciso analisá-lo frente ao caso em que é empregado. Então, no Direito Penal a pena significa “a expiação do castigo consignado em lei com a finalidade de prevenir a prática de um ato ou a omissão de um fato que atende contra a ordem social – uma reparação moral à sociedade, pelo crime ou contravenção”.¹⁵⁶ Pois, é possível concluir que o Estado utiliza da pena para o fim de proteger eventuais lesões a determinados bens jurídicos considerados em uma organização coletiva, já que é com ela que se regulamenta a convivência social.¹⁵⁷

A pena, por ser a medida por meio da qual o Estado reage à infração da norma,¹⁵⁸ emite a reprovação que o direito dá ao fato, reafirmando a vontade estatal de ter assegurada a validade do preceito legal. Como aduz Aníbal Bruno, ela “é o complemento necessário da norma, para assegurar-lhe toda a sua força coativa”.¹⁵⁹ Portanto, a reprimenda prevista no Direito Penal se vincula aos efeitos que deve produzir, por intermédio do Estado, sobre o indivíduo, que é seu objeto, e sobre a sociedade na qual atua. Assim, a pena “justifica-se por sua necessidade”. É por meio desse entendimento acerca da reprimenda que se pode inferir estarem as modernas concepções de Direito Penal vinculadas às ideias de finalidade e função das penas, ao que demonstrada sua relação com as teorias da pena.¹⁶⁰

Acerca das teorias das penas, importa referir dividem-se em três correntes: as absolutas, as relativas, e as mistas. Em resumo, as absolutas consideram a pena como retribuição, devendo ser ela justa ao mal praticado; as relativas entendem que a pena deve desempenhar papel de prevenção geral mediante intimidação da sociedade, e prevenção especial para evitar a reincidência do delinquente; as mistas reconhecem a necessidade da pena por sua utilidade de prevenção, bem como pelo

¹⁵⁶ LINTZ, Sebastião. **O crime, a violência e a pena**. Campinas: Julex, 1987. p. 35.

¹⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 140.

¹⁵⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral, tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 17.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 28.

¹⁶⁰ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 141.

seu caráter de retribuição, ao que deve ser a pena, para essa corrente, “necessária segundo um caráter de utilidade”.¹⁶¹

No Direito Penal brasileiro foi adotada a teoria mista, o que se assentou na reforma penal de 1984. A partir de então é que a redação do artigo 59 do Código Penal¹⁶² dispõe que o juiz deverá fixar a pena-base, de acordo com o texto da norma, “conforme seja necessário e suficiente para a *reprovação e prevenção* do crime”¹⁶³. O juiz, portanto, por meio da sentença penal condenatória, define a pena segundo a sua necessidade e suficiência, para que seja retribuição equivalente da culpabilidade, bem ainda, com o fim de prevenir, de maneira geral e especial, o crime e a criminalidade.¹⁶⁴

A pena, em razão de seu caráter de retribuição, exige à sua aplicabilidade que esteja demonstrada a culpabilidade do agente na realização do fato, ou seja, deve ter ele agido com consciência e vontade em relação ao ato cometido.¹⁶⁵ Assim, o princípio da culpabilidade¹⁶⁶ exerce papel de limite máximo da pena aplicada, visto que ela, justamente, deve ser adequada à culpabilidade do agente, de maneira a cumprir com a sua finalidade preventiva.¹⁶⁷ Conforme leciona Noronha, “o binômio ‘retribuição e prevenção’ explica a pena”, e ela é indispensável e imprescindível na atual sociedade¹⁶⁸. Todavia, não se pode olvidar que, por ser um mal com o qual o Estado responde ao ato praticado pelo agente, deve ser a reprimenda proporcional à gravidade do ilícito cometido.¹⁶⁹

¹⁶¹ KEUNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena**: teoria da pena, dosimetria da pena. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 1998. p. 24.

¹⁶² “Art. 59 - O juiz [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

¹⁶³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 412.

¹⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação jurisprudencial. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005. p. 104.

¹⁶⁵ BRUNO, Aníbal. **Comentários ao código penal**: volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 32.

¹⁶⁶ “O princípio da culpabilidade [...] também cumpre a função de *limite material* do *ius puniendi*. Mas a culpabilidade, enfocada como princípio limitador do poder de punir do Estado, não tem o mesmo significado que possui como categoria dogmática do Direito Penal (em outras palavras: uma coisa é a culpabilidade como princípio de Política criminal [...], outra é a mesma culpabilidade dentro do Direito penal – entendida como juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato)”. (BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 376.).

¹⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 168-169.

¹⁶⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: Volume 1 – Introdução e Parte Geral. 23. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 218.

¹⁶⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral, tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 23.

3.2 A CONCRETIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Como visto, no Direito Penal brasileiro, a pena deve servir aos propósitos de reprovação e prevenção da conduta criminosa. Nesse sentido é a exposição de motivos da reforma da Parte Geral do Código Penal, realizada em 1984:

A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, a vista de sua necessidade e eficácia para reprovação e prevenção do crime.¹⁷⁰

Do texto é possível extrair que, para a devida concretização da reprimenda penal, são necessárias duas fases: a de cominação da pena, que é efetuada pelo legislativo; e a de aplicação ou quantificação da pena, realizada pelo juiz quando da sentença penal condenatória. Ainda, tem-se a terceira fase, consistente na execução da pena, a qual não será objeto de análise por não ser interessante ao trabalho.

A definição legal, realizada pelo legislador, contém somente o essencial da ação punível,¹⁷¹ ela prevê limites máximos e mínimos a cada ação delitiva, momento que é denominado de cominação, por meio do qual “se inicia o destino da medida penal”¹⁷². O ajustamento da pena ao fato tem início em tal conjuntura, entretanto, a previsão realizada trata-se de abstração, que desconsidera condições particulares, o que seria inviável, dada à complexidade das circunstâncias que envolvem a prática de um delito.¹⁷³ É em razão disso que o legislador também comina variações, as quais oportunizarão ajustamento preciso da pena¹⁷⁴, que será realizado na segunda fase de concretização da pena, por intermédio da figura do juiz.

A segunda fase caracteriza-se por constituir a individualização judiciária da pena¹⁷⁵. É nela que, mediante as orientações traçadas pela lei ao prescrever, modo geral ou específico, circunstâncias objetivas do fato ou subjetivas do agente, o juiz valer-se-á de sua função de punir o crime.¹⁷⁶ Assim, ao dosar a pena, conforme leciona Aníbal Bruno, o juiz “tem de satisfazer as duas exigências da segurança e da

¹⁷⁰ **Vade-mécum penal**: Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 156.

¹⁷¹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral, tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 105.

¹⁷² BRUNO, Aníbal. **Comentários ao código penal**: volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 89.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 91.

¹⁷⁴ BRUNO, *loc. cit.*

¹⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 133.

¹⁷⁶ BRUNO, *op. cit.*, p. 92.

justiça – do interesse público e de ordem e equilíbrio social e do destino do homem, violador da norma, que se vai cumprir por decisão sua”.¹⁷⁷

O julgador, para aplicar a pena, faz uso “de certo poder discricionário, arbítrio ponderado, que lhe permite deduzir [...] de uma série de elementos objetivos e subjetivos, do fato e do agente, e ainda de várias circunstâncias dentro das quais o acontecer punível se desenvolveu”. Contudo, o poder discricionário que lhe cabe é limitado pelo próprio Direito, ao impor ao magistrado o dever de fundamentar sua sentença¹⁷⁸ e, obviamente, pormenorizar as razões pelas quais uma determinada pena vai fixada. O dever de fundamentação das decisões judiciais tem previsão no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal Brasileira¹⁷⁹, e a sua não observância acarreta na nulidade da sentença.

A lei, portanto, comina a pena para cada crime tipificado, todavia, faz influir no juízo da reprovabilidade as condições específicas do fato e pessoais de seu autor¹⁸⁰, valoração que será ponderada pelo judiciário. Dessa feita, pode-se concluir que a lei assegura ao juiz “relativa discricionalidade para a perfeita individualização da medida penal à realidade do fato na sua total significação de contrariedade ao direito e de expressão da criminalidade do agente.”¹⁸¹ Assim, a pena deve ser necessária e suficiente, ao fim de atender aos seus objetivos de reprovar e prevenir o crime.¹⁸²

3.3 A APLICAÇÃO DA PENA DE ACORDO COM O MÉTODO TRIFÁSICO

A aplicação da pena consiste no ato do magistrado de determinação das consequências jurídicas do fato, e compreende a escolha do tipo de pena aplicável, a quantidade de pena (em se tratando de opção por pena privativa de liberdade), bem como a decisão sobre o regime inicial para a execução, substituição da pena

¹⁷⁷ BRUNO, Aníbal. **Comentários ao código penal**: volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 92.

¹⁷⁸ BRUNO, *op. cit.*, p. 93.

¹⁷⁹ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]”

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2020.).

¹⁸⁰ BRUNO, *op. cit.*, p. 92.

¹⁸¹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral, tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 105

¹⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação jurisprudencial. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005. p. 105.

que fora aplicada, ou a suspensão de sua execução.¹⁸³ Para tanto, o juiz valer-se-á das condições acessórias do fato criminoso, as quais o acompanham, mas não se confundem com seus elementos constitutivos.¹⁸⁴ Trata-se de circunstâncias que não alteram a constituição ou existência do tipo penal, mas somente influem na dosagem final da pena. São elas “dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas circundam o fato principal”,¹⁸⁵ que serão observados e valorados pelo juiz, para o fim de concretizar o apenamento necessário e suficiente ao caso efetivo.

No que diz com a quantificação da pena, a qual será objeto de análise pormenorizada, o Código Penal brasileiro fez opção pelo método trifásico, conforme consta na exposição de motivos da reforma da parte geral do código: “o projeto opta claramente pelo critério das três fases”.¹⁸⁶ Destarte, dispõe o artigo 60 do Código Penal: “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. A determinação do *quantum* de pena é realizada em três etapas: a fixação da pena-base, com observância das circunstâncias judiciais; a consideração de incidência de circunstâncias legais na pena provisória; e, por fim, a observação da existência ou não de causas especiais de aumento ou diminuição da reprimenda.¹⁸⁷ Valendo-se de tal método é que o juiz determinará a pena justa, dentre as cominadas, e fixará a sua quantidade dentro dos limites estabelecidos em lei.¹⁸⁸

A pena-base é fixada conforme o que dispõe o *caput* do artigo 59 do Código Penal.¹⁸⁹ Partindo-se do mínimo da pena cominada no tipo legal, o juiz avaliará as oito moduladoras previstas na norma, que compreendem elementos pertencentes ao autor do fato (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), ao fato criminoso em si (circunstâncias e consequências do crime), e, ainda, à

¹⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação jurisprudencial**. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005. p. 104.

¹⁸⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**, tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 107.

¹⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 786-787.

¹⁸⁶ **Vade-mécum penal**: Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 156.

¹⁸⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 340.

¹⁸⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: Volume 1 – Introdução e Parte Geral**. 23. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 239.

¹⁸⁹ “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”.

pessoa ofendida (comportamento da vítima).¹⁹⁰ O artigo, contudo, não especifica a quantidade de pena a ser exasperada, tampouco qual o peso se dará à cada vetorial tida como negativa, de modo que tal cálculo dar-se-á de acordo com o prudente arbítrio do juiz. Todavia, o entendimento majoritário é de que a pena-base não deve ultrapassar o chamado termo médio (que é o resultado da soma do mínimo e do máximo da pena abstrata dividido por dois).¹⁹¹

Na segunda fase dosimétrica serão sobrepesadas as circunstâncias legais, as quais são assim denominadas por estarem expressamente relacionadas no texto da lei. São elas as agravantes, com previsão nos artigos 61 e 62, e as atenuantes, que são dispostas nos artigos 65 e 66, todos do Código Penal.¹⁹² Tais circunstâncias, de igual modo ao que ocorre com as vetoriais consideradas na pena-base, circundam o fato delitivo, a pessoa de seu autor ou da vítima, mas estão elencadas taxativamente na parte geral do Código Penal, com exceção das atenuantes inominadas^{193 194}.

Com relação à quantidade de acréscimo ou atenuação, assim como ocorre na primeira fase de dosimetria, não há quantidade específica estabelecida pela lei, ficando, igual modo, ao prudente arbítrio do juiz quantificá-las.¹⁹⁵ Todavia, sugere o doutrinador Paganella Boschi que o *quantum* de agravantes ou atenuantes não pode superar a fração de um sexto (1/6) sobre a basilar fixada¹⁹⁶. Ainda, no que diz com a quantificação da pena provisória, é necessário observar o teor da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁷, a qual dispõe que as circunstâncias atenuantes não podem levar a pena para aquém do mínimo legal estabelecido e, no mesmo sentido,

¹⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação jurisprudencial**. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005. p. 108.

¹⁹¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 437.

¹⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 794.

¹⁹³ Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

¹⁹⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 199.

¹⁹⁵ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 794-795.

¹⁹⁶ BOSCHI, *op. cit.*, p. 240.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 231**. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Terceira Seção, julgado em 22/09/1999. DJ 15/10/1999 p. 76. RSSTJ vol. 17 p. 227. RSTJ vol. 131 p. 149. RT vol. 769 p. 254. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=231&tipo=sumula+ou+su&b=SUNT>>. Acesso em: 24 out. 2020.

a doutrina entende que as agravantes tampouco podem superar o *quantum* de pena máxima cominada na norma legal.¹⁹⁸

De outro lado, as majorantes e minorantes são circunstâncias de aumento ou diminuição da pena, estabelecidas nas partes geral e especial do Código Penal, em quantidades fixas ou variáveis, sem apresentar limitador de quantidade,¹⁹⁹ ou seja, elas permitem que a pena seja fixada acima do máximo previsto em lei, ou abaixo do mínimo cominado.²⁰⁰ Por serem específicas, as majorantes e minorantes obrigam o juiz a aplicar a quantidade de aumento ou diminuição prevista pelo legislador, ante disso é que parte da doutrina chamam essas circunstâncias de “qualificadoras em sentido amplo”.²⁰¹ Porém, as circunstâncias da terceira fase dosimétrica não podem ser confundidas com as qualificadoras, pois estas constituem tipos penais derivados, com novos limites mínimo e máximo de pena, enquanto as causas de aumento ou diminuição são meras modificadoras da pena.²⁰²

As majorantes ou minorantes podem ser gerais ou especiais, e identificam-se por terem suas quantidades de aumento ou diminuição fixas ou variáveis, ante a previsão de frações (por exemplo: um sexto da pena, ou de um terço até a metade). Com relação às circunstâncias que possuem quantidade variável de aumento ou de diminuição, a escolha entre os termos pelo juiz deve ser fundamentada de maneira concreta, vez que alusões genéricas causam a nulidade da decisão²⁰³. Ademais, se incidentes no caso mais de uma majorante ou minorante previstas na parte especial, o juiz poderá optar por aplicar apenas uma das frações, devendo prevalecer aquela que mais aumente ou mais diminua a pena, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 68 do Código Penal.²⁰⁴

Pois bem, as segundas e terceiras fases de fixação da pena têm como consequência a primeira; de modo que, estabelecida a basilar, ela servirá de base para o cálculo da pena provisória, a qual, por sua vez, será base para o cálculo que

¹⁹⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 439.

¹⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 796.

²⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 139.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 138.

²⁰² BITENCOURT, *loc. cit.*

²⁰³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação jurisprudencial**. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005. p. 142.

²⁰⁴ “Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”.

se opera na terceira fase. Tal procedimento denomina-se de cascata, aplicado para evitar a pena zero,²⁰⁵ o qual leva em conta sempre a última pena encontrada.²⁰⁶ Por derradeiro, cabe observar que a não observância do critério de cálculo em cascata conduz à nulidade tópica da decisão.²⁰⁷

3.4 O EMPREGO DE ARMA NA PRÁTICA DO ROUBO E DA EXTORSÃO

O uso de arma na prática criminosa configura majorante específica tanto no crime de roubo quanto no crime de extorsão. Isto ocorre porque o emprego de arma evidencia a maior periculosidade do autor da ação, visto que o seu uso torna maior o risco para a vítima, além de ter o sujeito ativo maior possibilidade de lograr o intento criminoso.²⁰⁸ Assim, a idêntica causa de aumento antes prevista no roubo²⁰⁹ e na extorsão²¹⁰, justifica-se pela “maior temibilidade do agente, no risco objetivo que fica sujeita a incolumidade física da vítima e no fato de ter esta sensivelmente reduzido seu poder de resistir”.²¹¹

Para os fins de acréscimo das penas, deve entender-se arma como qualquer instrumento apto a lesar a integridade física da pessoa ofendida²¹². Desse modo, são consideradas as armas propriamente ditas, ou seja, aqueles objetos produzidos e destinados à finalidade bélica (arma de fogo); as armas brancas, compreendidas como objetos que possibilitem ataque ou defesa (punhais, estoques)²¹³; bem como as chamadas armas impróprias, sendo aqueles utensílios não foram confeccionados

²⁰⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 455.

²⁰⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da pena**. 5. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2013. p. 106.

²⁰⁷ KEUNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena: teoria da pena, dosimetria da pena**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998. p.40.

²⁰⁸ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Roubo e receptação: indagações, doutrina, prática, formulários**. Bauru: Jalovi, 1980. p.101.

²⁰⁹ “§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;”.

²¹⁰ “§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade”.

²¹¹ BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 245.

²¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII: arts. 155 a 196**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 58.

²¹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II (arts 121 a 212)**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2019. p. 663.

para a finalidade de ataque ou defesa, mas que possuem a capacidade de intimidar e ferir uma pessoa (faca, tesoura, barra de ferro, guarda chuva, pedra, etc.).²¹⁴

Nesse ponto, há discussão doutrinária sobre o efetivo uso do artefato, ou se basta o seu porte ostensivo à configuração da majorante. Segundo Hungria, a arma não precisa ser manejada para fazer incidir a causa de aumento, “bastando que seja portada ostensivamente, como uma ameaça implícita”. É por esta razão que, para o autor, tampouco importa ser a arma eficiente ou ineficiente, como por exemplo, um revólver descarregado, ou ainda, uma arma “fingida (ex: um isqueiro com feitiço de revólver)”, haja vista que, para ele, a incidência da majorante ocorre em razão da intimidação da vítima, ao passo que, se ela ignora as condições de inutilidade do artefato, não há falar em afastamento da causa de aumento.²¹⁵

Seguindo tal entendimento, por muito tempo foi, inclusive, admitida a arma de brinquedo na configuração da aludida majorante. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 174²¹⁶, que somente foi cancelada no ano de 2002, a fazer prevalecer o entendimento doutrinário que já era majoritário, no sentido de que a arma de brinquedo não serve à configuração da majorante, pois o fundamento da causa de aumento está na maior potencialidade lesiva da conduta, e não na maior intimidação da pessoa ofendida.²¹⁷ Pelo mesmo fundamento é que se entende deve ser o artefato literalmente empregado para fazer incidir a causa de aumento, sendo este o entendimento de Bitencourt, ao afirmar que assim é o que diz a letra da lei.²¹⁸ No mesmo sentido, tem-se a lição de Weber Batista: “o que importa, como ninguém ignora, é a *mens legis*, não a *mens legislatoris*; interessa verificar o que diz a lei, não o que quis dizer o legislador”.²¹⁹

Desse modo, certo é que para configurar a causa de aumento, o artefato deve ser efetivamente empregado, caso contrário apenas configuraria a violência inerente

²¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts 121 a 361). 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 305.

²¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 58.

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 174**. No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena. Terceira Seção, julgado em 23/10/1996. DJ 31/10/1996 p. 42124. RSSTJ vol. 12 p. 267. RSTJ vol. 91 p. 165. RT vol. 734 p. 641. Cancelada no julgamento do REsp 213.054/SP em 24/10/2002. DJ 11/11/2002 p. 148. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=174&tipo=sumula+ou+su&b=SUNT>>. Acesso em: 24 out. 2020.

²¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 122.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 121.

²¹⁹ BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 257.

aos tipos penais de roubo e extorsão. Ainda, entende-se que o objeto deve possuir potencialidade lesiva, ou seja, deve ser apto a causar maior probabilidade de dano, e não somente maior temor à vítima.²²⁰

3.5 O ADVENTO DA LEI Nº 13.654/2018

A Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, publicada no Diário Oficial da União em 24 de abril de 2018, alterou o Código Penal de 1940, ao trazer inovações nos crimes de furto e de roubo. Ainda, a legislação alterou a Lei nº 7.102²²¹, de 20 de junho de 1983, ao dispor sobre caixas eletrônicos. No presente trabalho, far-se-á análise apenas no que diz com a alteração trazida pela lei com relação o crime de roubo referente à majorante do emprego de arma.

3.5.1 A revogação da majorante do emprego de arma no crime de roubo e a previsão da causa de aumento do emprego de arma de fogo

A Lei nº 13.654/2018 revogou a majorante do emprego de arma (inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal), e inseriu como causa de aumento o emprego de arma de fogo (inciso I do § 2º-A da mesma norma mencionada). A alteração procura punir de modo mais severo os roubos perpetrados com o uso de arma de fogo, pois, segundo a redação do novo inciso, a pena é aumentada em dois terços (2/3) quando utilizado artefato bélico no cometimento do delito.

A lei passou a fazer distinção, portanto, entre os tipos de arma, o que antes não ocorria. Veja-se, o inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, o qual fora revogado pela lei, previa aumento de um terço (1/3) até metade (1/2) nos casos de roubos cometidos com emprego de *arma*, e era consenso da doutrina que arma seria qualquer objeto capaz de ferir a pessoa ofendida, seja arma de fogo, arma branca, ou arma imprópria (que não possui a função de ataque ou defesa, mas pode

²²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 121.

²²¹ BRASIL. Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm>. Acesso em: 24 out. 2020.

servir para tal fim).²²² Todavia, a nova causa de aumento é restrita somente às armas de fogo, que devem ser tidas como aquelas capazes de produzir disparos.²²³

Muito embora se considere acertada a nova fração de aumento em razão da extrema gravidade e periculosidade dos crimes perpetrados com o emprego de arma de fogo, não se pode considerar que a opção realizada pelo legislador ao revogar o inciso I do § 2º tenha semelhante acerto. A revogação perpetrada equiparava os crimes de roubo cometidos somente com grave ameaça àqueles que praticados com o emprego de arma branca ou imprópria, o que caracteriza imediata afronta aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, visto que dá igual tratamento jurídico a duas situações evidentemente desiguais, dispensando deficiente tratamento ao bem jurídico que aqui deveria ser tutelado, a vida e a integridade da vítima.²²⁴

Não se pode ignorar que o emprego de arma, ainda que não seja de fogo, faz ser maior o risco à integridade física e à vida da pessoa ofendida, além de facilitar o êxito da empreitada criminosa, visto que superior é o temor da vítima, que resta com sua capacidade de defesa eliminada²²⁵. Nesse sentido, leciona Sanches Cunha:

Inúmeras foram as críticas ao procedimento adotado pelo legislador, pois, além de desconsiderar um fator que sem dúvida torna mais grave o crime, a restrição promovida foi benéfica, ou seja, retroagiu para retirar a majorante de roubos que haviam sido cometidos com objetos outros que não arma de fogo.²²⁶

Tão ilógico é dar o mesmo trato ao roubo cometido apenas com violência àquele que é perpetrado com o uso de arma que se passou a admitir a consideração do emprego de outro tipo de arma (não de fogo) na dosagem da pena-base, como circunstância negativa do crime, nos termos do artigo 59 do Código Penal.²²⁷ Foi nesse sentido que se assentou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao concluir apta a fundamentação da exasperação da base dada à utilização de arma que não fosse de fogo no crime de roubo. Inclusive, a Corte Superior entendeu que

²²² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II (arts. 121 a 212). 16. ed. Niterói: Impetus, 2019. p. 663.

²²³ BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 259.

²²⁴ MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte especial (arts. 121 a 212) – vol.2. 12. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 376.

²²⁵ *Ibid.*, p. 375.

²²⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 321.

²²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal interpretado**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 791.

tal operação até mesmo poderia ocorrer em grau de recurso sobre fatos cometidos na vigência da majorante revogada sem que configurasse *reformatio in pejus*.²²⁸

Todavia, o evidente desacerto realizado pelo legislador foi logo corrigido com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019²²⁹, que incluiu no § 2º do artigo 157 do Código Penal o inciso VII, que prevê aumento da pena de um terço (1/3) até metade (1/2) “se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca”. E faz-se ressalva no sentido de que devem ser considerados como arma branca “todos objetos confeccionados sem finalidade bélica, porém capazes de intimidar e ferir o próximo”,²³⁰ ou seja, dá-se interpretação extensiva para que sejam compreendidas também as armas impróprias. Com o ressurgimento da causa de aumento, para os delitos cometidos a partir da vigência da lei acima mencionada, conhecida como Pacote Anticrime, não há mais a necessidade de exasperar a pena-base ante a maior gravidade da conduta perpetrada com o uso de arma branca.²³¹

Desse modo, com relação ao crime de roubo, atualmente, se observa uma escala de gravidade entre as possibilidades de condutas perpetradas. A violência ou grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo situa-se à frente, e possui maior possibilidade de aumento concretizado (2/3). Já a violência ou grave ameaça que é cometida com emprego de outras armas, tem previsão de aumento da pena de um terço (1/3) até metade (1/2), restando à frente da violência ou grave ameaça tidas como comuns, ou seja, aquelas que são perpetradas apenas com o “emprego de força física ou palavras intimidatórias”.²³²

3.5.2 A inobservância da alteração legislativa quanto ao crime de extorsão

Como visto, a Lei nº 13.654/2018 trouxe significativa modificação com relação à majorante do emprego de arma no crime de roubo, revogando a até então prevista e acrescentando nova causa de aumento específica à arma de fogo, cujo aumento da pena é fixo em dois terços (2/3). Ocorre que tal modificação não foi observada

²²⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 322.

²²⁹ BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art2>. Acesso em: 25 out. 2020.

²³⁰ CUNHA, *op. cit.*, p. 321.

²³¹ *Ibid.*, p. 323.

²³² MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte especial (arts. 121 a 212) – vol.2. 12. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 375.

com relação ao crime de extorsão, quebrando a regra de tratamento que deveria ser igual para ambos os crimes. Assim, para a extorsão, o emprego de qualquer arma, própria ou imprópria, continua a valer para o reconhecimento da majorante²³³ do § 1º, cujo aumento da pena se dará na variação de um terço (1/3) até metade (1/2). Nesse sentido, é a lição do professor Cleber Masson: “de forma grotesca, porém, o legislador olvidou-se de fazer idêntica alteração na extorsão. Crimes similares e tradicionalmente considerados como de igual gravidade agora recebem tratamento jurídico diverso”.²³⁴

Entretanto, importa referir que não é a primeira vez que ocorre equívoco do legislador ao tratar de modo diverso delitos de extrema e evidente semelhança. Na inclusão da majorante do § 2º, inciso IV²³⁵ no crime de roubo, referente à subtração de veículos que fossem transportados para outro Estado ou para o exterior, olvidou-se o legislador de fazer igual previsão no que tange ao crime de extorsão, o que, na visão de Gilberto Thums, não faz sentido algum, tendo em vista que “é perfeitamente possível extorquir, até mais fácil do que roubar, veículo automotor, obrigando a vítima inclusive a leva-lo a outro Estado ou para o exterior”, e, nesse caso, não incidirá a causa de aumento da pena.²³⁶

No mesmo sentido, tem-se trato desigual aos crimes de roubo e extorsão no que diz com a circunstância de privação da liberdade da vítima. A Lei nº 11.923, de 17 de abril de 2009²³⁷, fez previsão de qualificadora para tal condição no § 3º do artigo 158 do Código Penal²³⁸, prevendo pena privativa de liberdade de seis (6) a doze (12) anos de reclusão quando o delito for assim perpetrado. Todavia, no crime de roubo tal situação configura apenas majorante²³⁹, cujo aumento se dá de um terço (1/3) até metade (1/2). Desse modo, conclui o penalista Rogério Greco que

²³³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II (arts. 121 a 212). 16. ed. Niterói: Impetus, 2019. p. 699.

²³⁴ MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte especial (arts. 121 a 212) – vol.2. 12. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 416.

²³⁵ “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)”.

²³⁶ THUMS, Gilberto. **Crimes contra o patrimônio**: jurisprudência do STF e do STJ, doutrina e análise crítica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 123.

²³⁷ BRASIL. Lei n. 11.923, de 17 de abril de 2009. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11923.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

²³⁸ “§ 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 6 (seis) a 12 (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 n. 11.923, de 2009)”.

²³⁹ “V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996). (Incluído pela Lei n. 11.923, de 2009).”

“fatos semelhantes terão penas diferentes, ofendendo-se, frontalmente, os princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade”.²⁴⁰

Não é possível, portanto, considerar indiferente a configuração de um crime ou de outro. Já não o era no caso específico em que a vítima tem a sua liberdade restringida, hipótese mais remota. Agora se escancara o trato diverso que foi dado aos delitos pelo legislador, pois no caso de um corriqueiro assalto à mão armada, o autor pode ser punido de modo diverso, a depender do crime em que será a sua conduta tipificada: terá a pena aumentada em dois terços (2/3) se o crime for de roubo, e terá a sua pena aumentada de um terço (1/3) a metade (1/2), se entender-se configurado o delito de extorsão.

3.5.3 O excesso punitivo trazido pela Lei nº 13.654/2018 com relação à majorante do emprego de arma de fogo

Não se ignora o fato de terem se tornado demasiadamente comuns os crimes perpetrados com arma de fogo, fazendo-se necessária maior reprovação e punição por parte do Estado. Entretanto, tampouco é possível desconsiderar o exorbitante aumento operado pela alteração legislativa. É que o acréscimo para os roubos em que utilizada arma de fogo se dará na fração fixa de dois terços (2/3), *quantum* que é superior ao máximo da variação antes prevista aos casos tais, cujo aumento poderia se dar até metade (1/2).²⁴¹ Ademais, salienta-se o fato de que, se aplicada a referida fração ao mínimo de pena cominado para o crime de roubo simples, ou seja, quatro (4) anos, o resultado fica em seis (6) anos e oito (8) meses de reclusão, reprimenda que muito se aproxima da pena mínima cominada para espécie muito mais grave de roubo, do qual resulta lesão corporal grave,²⁴² que é de sete (7) anos.

Outrossim, a previsão de fração fixa torna impossibilitada a adequação das particularidades do caso concreto. Ainda que o Pacote Anticrime tenha feito previsão de aumento no dobro para os roubos perpetrados com arma de uso restrito²⁴³, por

²⁴⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II (arts. 121 a 212). 16. ed. Niterói: Impetus, 2019. p. 703.

²⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal interpretado**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 791.

²⁴² “§ 3º Se da violência resulta: I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa; (Incluído pela Lei n. 13.654, de 2018)”.

²⁴³ “§ 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 n. 13.964, de 2019)”.

serem elas “muito mais vulnerantes”²⁴⁴, não há variação possível para diferentes tipos de armas de fogo que não sejam previstas em lei como de uso restrito²⁴⁵. Nem há a possibilidade de variação de aumento de acordo com a quantidade de armas utilizadas, ou seja, o roubo perpetrado com apenas uma arma e aquele perpetrado com quatro ou cinco, terão a pena aumentada no mesmo *quantum* de dois terços (2/3). Nesse ponto, mostra-se compatível a crítica feita por Bitencourt, no sentido de que “a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.”,²⁴⁶ assim, pois, a fração fixa, ou seja, *absolutamente determinada*, de igual modo impede o perfeito ajustamento ao caso concreto. Importa registrar que até seria possível cogitar de, por tal motivo, fazer ponderação das diferenciações do emprego de arma (tipo de arma usada, número de artefatos empregados) nas circunstâncias na pena-base, todavia, *in casu*, seria necessário atentar à proibição do *bis in idem*.²⁴⁷

Destarte, percebe-se evidente excesso punitivo trazido pela Lei nº 13.654 no que tange ao crime de roubo, bem ainda verifica-se a problemática que envolve a quantificação de fração fixa de aumento da pena para o uso de arma de fogo. Em face disso, imprescindível é o questionamento da efetiva eficácia da alteração feita, pois, frente às problemáticas apontadas, resta duvidoso o alcance dos fins da pena ante a aplicabilidade da nova majorante. Assim, possível indagar se, no crime de roubo perpetrado com arma de fogo, será a pena efetiva aos seus propósitos de prevenção e reprovação, e se atenderá aos critérios de necessidade e suficiência.

²⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: Lei 13.964, de 24.12.2019. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 30.

²⁴⁵ Definição dada pelo Decreto n 9.785, de 7 de maio de 2019. (BRASIL. Decreto n. 9.785, de 7 de maio de 2019. **Planalto**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2019/decreto-9785-7-maio-2019-788081-norma-pe.html>>. Acesso em: 25 out. 2020.).

²⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.p.786.

²⁴⁷ O princípio *ne bis in idem*, no caso específico da aplicação da pena, significa a vedação da dupla incriminação, ou seja, a proibição do duplo efeito sancionatório de uma mesma circunstância punitiva. (CARAVLHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 290).

4 A NECESSÁRIA READEQUAÇÃO TÍPICA DO ASSALTO À MÃO ARMADA EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DE GARANTIAS DO DIREITO PENAL

4.1 PRINCÍPIOS DE GARANTIAS DO DIREITO PENAL

A teoria do garantismo penal se propõe a estipular critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, de modo a deslegitimar qualquer modelo de controle que coloque a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Aqui, importa conceituar direitos fundamentais, ou direitos humanos constitucionalizados, que, no modelo garantista, adquirem, o fim de estabelecer objeto e limites do Direito Penal.

São os direitos fundamentais núcleo da proteção da dignidade da pessoa, e devem ser eles positivados na Constituição, justamente pelo seu caráter de força vinculativa máxima, de modo a resguardar tais direitos, ainda que em momentos adversos de desrespeito aos preceitos da dignidade humana.²⁴⁸ Árdua é realizar a conceituação dos *direitos fundamentais*, pois se modificam a depender da época em que postulados.²⁴⁹ Porém, pode-se afirmar que os típicos direitos fundamentais são aqueles inspirados no princípio da dignidade humana²⁵⁰, “atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança”.²⁵¹

Dentre as características dos direitos fundamentais, é importante referir no presente trabalho, a vinculação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que devem atuar em observância aos preceitos fundamentais.²⁵² É por tal vinculação que se é garantido aos indivíduos a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito por eles instrumentalizados.²⁵³ Destarte, os direitos fundamentais, funcionam também como vínculos substanciais de caráter negativo, vez que com a

²⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 307.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 312.

²⁵⁰ “Temos por dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.).

²⁵¹ MENDES; COELHO; BRANCO, *op. cit.*, p. 313.

²⁵² *Ibid.*, p. 323-326.

²⁵³ *Ibid.*, p. 346.

sua impossibilidade de violação, tornam-se limitadores de intervenção²⁵⁴ pelos poderes públicos, que devem observá-los e aplicá-los.

Segundo Luigi Ferrajoli, do termo *garantismo* são extraídos três diferentes significados,²⁵⁵ são eles: (I) um modelo normativo do direito; (II) uma teoria jurídica da validade e da efetividade; e (III) uma filosofia política. Conforme ensina o autor, os três significados, unidos, formam uma teoria geral do garantismo, tendo alcance para além do Direito Penal. Assim, conclui Ferrajoli que o garantismo opera como:

[...] doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação *interna* do direito penal, que requer dos juízos e dos juristas uma constante tensão *crítica* sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo.²⁵⁶

Tem-se, pois, que o garantismo deve ser compreendido como uma teoria de base constitucional destinada para assegurar juridicamente, ou seja, *dar garantia*, da realização e da aplicação efetiva dos direitos fundamentais. Tal tarefa é imposta ao legislador, a partir das normas fundamentais, sendo que lhe incumbe a edição das regras necessárias à tutela desses direitos frente aos indivíduos e ao Estado, com o fim de minimizar as agressões advindas de particulares e a conter as arbitrariedades feitas pelos Poderes Públicos.²⁵⁷ A preocupação central do modelo jurídico-penal de garantias é, portanto, a de delimitar estratégias normativas e dogmáticas idôneas à maximização dos direitos fundamentais.²⁵⁸

Dentre os instrumentos oferecidos pelo garantismo jurídico à limitação do poder estatal e, conseqüentemente, do poder punitivo estatal, estão os princípios, os quais “corresponderiam às regras do jogo do direito penal nos Estados democráticos de direito”, pois tem como finalidade principal garantir o maior grau de racionalidade ao sistema jurídico-penal, ao munir os aplicadores de direito de ferramentas idôneas para o fim de assegurar excelso grau de proteção dos direitos fundamentais.²⁵⁹ Os

²⁵⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 19.

²⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 785.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 786-787.

²⁵⁷ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 67.

²⁵⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 254.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 252-254.

princípios, no sentido jurídico, significam uma ordenação que tem o papel de instruir o sistema normativo, proporcionando fundamento à interpretação, à integração, ao conhecimento e à eficiente aplicação do direito positivo.²⁶⁰

Muitos dos princípios consagrados pelo Direito Penal constituem garantias humanas fundamentais, pelo que não podem ser ignorados pelo aplicador da norma penal infraconstitucional, ao revés, carecem ser aplicados, servindo de parâmetros e de modelos. Pela mesma razão é que devem eles “conviver em harmonia”, sem que haja superposição de um sobre o outro. De igual modo, devem ter extenso alcance, visto que “permitem a harmonia do sistema, conferindo coerência às normas criadas pelo legislador, nem sempre com boa técnica e permitindo aplicação sensata”.²⁶¹

Destarte, se inferem duas principais funções dos princípios: a de *ratio legis* e a de *lex*. A primeira consiste na ajuda que eles dão ao operador do direito para que este possa extrair os sentidos das regras e identificar a solução legal ou jurídica que é exigida pelo caso. Já a segunda função reside na viabilização de preenchimento dos “vazios legislativos, dos quais não escapam as leis e os Códigos”.²⁶² Na função de *ratio legis* que os princípios, para os fins do presente trabalho, desempenham seu principal papel, pois são compreendidos como “enunciados gerais, parâmetros ou diretrizes, destinados a orientar o intérprete ou o aplicador da lei na determinação do sentido dos textos legislativos”.²⁶³

Os princípios “são as verdades fundamentais de qualquer sistema jurídico”²⁶⁴, e, no Direito Penal operam como imprescindíveis ferramentas para a interpretação da norma jurídica.²⁶⁵ Isto posto, passa-se à análise dos determinantes princípios de garantias penais no que tange à interpretação da lei penal e à aplicação da pena.

²⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 33.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 33-34.

²⁶² BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 27.

²⁶³ *Ibid.*, p. 28.

²⁶⁴ TOVO, João Batista Marques; TOVO, Paulo Claudio. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008. p.46.

²⁶⁵ BOSCHI, *loc. cit.*

4.1.1 O princípio da legalidade

O princípio da legalidade tem previsão no artigo 5º, incisos XXXIX²⁶⁶ e XL²⁶⁷, da Constituição Federal, bem como no artigo 1º do Código Penal²⁶⁸. Ele é tido como “o primeiro e mais potente instrumento (ou a primeira garantia) de controle dos atos dos poderes punitivos”,²⁶⁹ e insculpe a ideia de reserva absoluta da lei, ou seja, é somente por meio de procedimento constitucionalmente estabelecido que o Poder Legislativo define os crimes e suas respectivas sanções penais.²⁷⁰

A legalidade corresponde “condição *sine qua non* de um sistema jurídico democrático”,²⁷¹ e desdobra-se em duas regras de legitimação: uma formal e outra substancial.²⁷² A primeira, chamada de princípio da legalidade em sentido amplo, ou princípio da reserva legal,²⁷³ consiste na possibilidade de reconhecimento do crime apenas ante a prévia existência da lei penal, ou seja, a previsão anterior da conduta criminosa é condição necessária à atribuição de responsabilidade penal e aplicação da pena.²⁷⁴ Tal conceito tem fundamento na concepção de que há direitos inerentes à pessoa que não são e nem precisam ser outorgados pelo Estado, mas como não é possível negar a ele o poder de estabelecer certas limitações ou proibições, conclui-se: “o que não estiver proibido está permitido”.²⁷⁵

A segunda legitimação, material ou substancial, pode, ainda ser dividida em duas concepções: a primeira seria uma sobreposição à legalidade formal, segundo a qual seria possível punir condutas tidas como perigosas, ainda que não houvesse a prévia e expressa disposição legal; a segunda consistiria num acréscimo à legalidade formal, de modo a reforçá-la.²⁷⁶ Nesse sentido, o princípio da legalidade material seria “uma garantia limitadora do poder estatal” dirigida aos três poderes, com ampla

²⁶⁶ “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”.

²⁶⁷ “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”.

²⁶⁸ “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

²⁶⁹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 254.

²⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

²⁷¹ CARVALHO, *loc. cit.*

²⁷² *Ibid.*, p. 255.

²⁷³ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 38.

²⁷⁴ CARVALHO, *op. cit.*, p. 255.

²⁷⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 22.

²⁷⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 131-132.

abrangência: não somente vincula a forma como é criada a lei penal, como também o conteúdo de sua criação e de sua aplicação.²⁷⁷ Conclui-se diante das concepções de legalidade, que o aludido princípio “não deve se contentar apenas com um adequado procedimento legislativo do ponto de vista formal, mas também com o conteúdo da lei penal dedutível da Constituição”.²⁷⁸

Ainda, desdobram-se do princípio quatro colários, são eles: a exigência da lei anterior (*lex praevia*), a proscrição e admissibilidade dos costumes (*lex scripta*), a proibição e recepção da analogia (*lex stricta*), bem como a exigência da taxatividade penal (*lex certa*).²⁷⁹ A primeira expressão é a da proibição da irretroatividade da lei penal (inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal), salvo se mais benéfica ao agente.²⁸⁰ O segundo desdobramento afasta a perspectiva da utilização do costume como fonte de crimes e de penas, ou como fonte de elementos a agravá-los.²⁸¹

No que diz com o terceiro colário, este preceitua a proibição da analogia *in malam partem*, e parte da doutrina até mesmo afirma ser seu desdobramento a imposição de serem as normais penais estritamente interpretadas.²⁸² Porém, certo é sustentar que é possível a flexibilização da legalidade penal, desde que ela projete “ampliação dos horizontes de liberdade”, tanto que aceita, e incitada, a analogia *in bonam partem*.²⁸³ Por fim, a *lex certa* exige a delimitação do âmbito do proibido,²⁸⁴ e, por conseguinte obriga que as normas penais sejam precisas, para que inexistam dúvidas quanto à sua aplicação no caso concreto.²⁸⁵

O princípio da taxatividade merece especial análise, pois tem como escopo estabelecer um conjunto de técnicas e precisões semânticas à qualificação de uma conduta punível.²⁸⁶ Nesse ponto, Schmidt afirma que “prescreve o *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* que a norma penal seja determinada quanto ao seu

²⁷⁷ SCHMIDT, Andrei Zenker. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 273.

²⁷⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 133.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 134-138.

²⁸⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 39.

²⁸¹ SILVA, *op. cit.*, p. 135.

²⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

²⁸³ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 251.

²⁸⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 138.

²⁸⁵ MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*

²⁸⁶ CARVALHO, *op. cit.*, p. 255.

conteúdo e abrangência, visto que, do contrário, não será dada a possibilidade de o povo tomar conhecimento, *a priori*, do verdadeiro limite da ilicitude penal”.²⁸⁷

Tal princípio representa a proibição do emprego, pelo Poder Legislativo, de fórmulas vagas e indeterminadas na elaboração dos tipos penais, os quais devem ser concebidos de maneira clara e determinada, sem a necessidade de se recorrer aos exercícios de integração ou interpretação da norma.²⁸⁸ Assim, além de limitar o legislativo, a taxatividade também cinge a discricionariedade do judiciário quando da aplicação da lei, pois “as normas penais devem ser dotadas do máximo de clareza e determinação possível”.²⁸⁹ Pode-se afirmar, pois, que por meio da taxatividade da lei, procura-se propiciar “toda a sua força garantista”.²⁹⁰

4.1.2 O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade possui posição de evidência no Direito Constitucional contemporâneo²⁹¹, tanto que é previsto em diversos dispositivos da Constituição Federal brasileira.²⁹² No Direito Penal, a exigência de proporcionalidade entre crime e pena foi formalmente afirmada no artigo 12 da Declaração de Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão de 1795, sendo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a consideração dela como princípio constitucional do direito.²⁹³

Embora parte da doutrina, e até mesmo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, trate como sinônimos *proporcionalidade* e *razoabilidade*,²⁹⁴ importante é fazer diferenciação entre eles para o fim de empregar correta terminologia. Para além da diferente origem dos termos, mais relevante ao presente trabalho é a

²⁸⁷ SCHMIDT, Andrei Zenker. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 236.

²⁸⁸ AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais da legalidade à culpabilidade**. (monografia). São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 114-115.

²⁸⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 33.

²⁹⁰ AMARAL, *op. cit.*, p. 116.

²⁹¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 145.

²⁹² “Exigência de individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 69).

²⁹³ BIANCHINI, Alice; DE MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 396-397.

²⁹⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 3.

distinção com relação à estrutura deles e à forma de aplicação.²⁹⁵ A conceituação de razoabilidade pode ser tida como “a reivindicação de atuação conforme a razão”,²⁹⁶ sendo utilizada como uma diretriz que requer uma relação de equivalência entre duas grandezas.²⁹⁷ Em suma, a razoabilidade trata-se de “uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins”.²⁹⁸ A proporcionalidade, por sua vez, possui uma estrutura racionalmente definida, composta de subelementos,²⁹⁹ ou subprincípios – os quais serão analisados a seguir –, que são independentes e possuem relação de subsidiariedade entre si.³⁰⁰ Assim, tem-se a proporcionalidade como “uma regra de interpretação e aplicação do direito”, cuja finalidade “é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”.³⁰¹

A proporcionalidade possui significado (I) político-criminal e (II) interpretativo dogmático, de modo que seus destinatários são o legislativo, no que concerne ao primeiro conceito, e o judiciário, com relação ao segundo. Para o Poder Legislativo, atribui-se estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do crime. Com relação aos juízes, de outra feita, é exigido que as penas impostas ao autor do delito sejam proporcionais à concreta gravidade do ilícito perpetrado.³⁰² Assim, vê-se que o princípio assume especial papel de garantia de caráter negativo, tendo em vista que cumpre com “a finalidade de frear a degeneração do poder punitivo impedindo-o de expandir-se ilimitadamente”.³⁰³

O princípio referencia a relação entre as gravidades do crime e da pena,³⁰⁴ é por intermédio dele que se exige fazer juízo lógico, ou de comparação, que contrapõe “a entidade do injusto e a do castigo”.³⁰⁵ Por tal motivo é que se considera estar ele estritamente vinculado ao caráter retributivo da reprimenda penal, que deve

²⁹⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 5.

²⁹⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 41.

²⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 103.

²⁹⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 14.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 4.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 7.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 1-2.

³⁰² BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 396.

³⁰³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 74-75.

³⁰⁴ BIANCHINI; MOLINA; GOMES, *op. cit.*, p. 396.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 398.

guardar proporção com o delito praticado.³⁰⁶ O objetivo do preceito constitucional é, portanto, a proteção dos direitos fundamentais, de modo a garantir sua otimização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, autorizando “somente restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias, racionais ou razoáveis”.³⁰⁷

Destarte, o princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina alemã, forma-se por três subprincípios: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito.³⁰⁸ Assim, refere Buechele que o princípio da proporcionalidade, na solução de um caso concreto, se dá pela verificação dos três elementos essenciais:

[...] a adequação dos meios utilizados pelo legislador na construção dos fins pretendidos; a necessidade da utilização daqueles meios (e de nenhum outro, menos gravoso, em seu lugar); e a efetiva razoabilidade da medida (proporcionalidade em sentido estrito).³⁰⁹

Com relação ao primeiro prisma, a proporcionalidade manifesta-se como “um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto.”³¹⁰ Já no que diz com a necessidade, por vezes também chamado de princípio da exigibilidade ou da indispensabilidade³¹¹, pressupõe que a medida restritiva seja indispensável para a devida conservação do direito fundamental, ou seja, ela não pode ser substituída por outra medida menos gravosa e igualmente eficaz.³¹² Por fim, complementando os outros subprincípios, por meio da proporcionalidade *strictu sensu* haverá indicação de que o meio utilizado está em razoável proporção com o fim pretendido.³¹³

Assim, o princípio, em sentido amplo, envolve também considerações sobre adequação entre meios e fins, visando à proteção de determinado direito.³¹⁴ É por intermédio dele que se exige “a *proporcionalidade* entre a gravidade do perigo e a lesão que se pode produzir para salvar o bem pretendido”.³¹⁵ Posto isso, o legislador

³⁰⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: Volume 1 – Introdução e Parte Geral. 23. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1985 p. 219.

³⁰⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 155.

³⁰⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 77.

³⁰⁹ BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 124-125.

³¹⁰ BARROS, *op. cit.*, p. 78.

³¹¹ STEINMETZ, *op. cit.*, 149.

³¹² BARROS, *op. cit.*, p. 81.

³¹³ *Ibid.*, p. 85.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 75.

³¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 72.

deve, ao elaborar tipos penais, observar a proporcionalidade, “sob pena de incidir em deslize grave, com arranhões inevitáveis a preceitos constitucionais”.³¹⁶ Todavia, sempre que desrespeitado o preceito, deve o juiz fazer os devidos ajustes,³¹⁷ tendo por garantia a proporcionalidade entre fato criminoso e pena aplicada.

4.1.3 O princípio da igualdade

O princípio da igualdade está expresso na Constituição Federal brasileira, tanto no preâmbulo, quanto no *caput*³¹⁸ do artigo 5º, e significa a proibição dada ao legislador de fazer discriminações arbitrárias, ou seja, ele impõe tratamento igual a situações iguais e, em contrapartida, tratamento diverso para situações diferentes. O princípio, portanto, não se refere apenas a direitos e deveres políticos, haja vista que ordena ao legislador a previsão de mesmas consequências jurídicas a fatos que sejam comparáveis, permitindo-lhe fazer diferenciações somente nas hipóteses em que se verifique causa objetiva, caso contrário, haverá diferenciação arbitrária.³¹⁹

A igualdade pode funcionar como regra, ao prever a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, ao instituir um estado igualitário como fim que deverá ser alcançado; ou como postulado, quando estrutura a aplicação do Direito segundo critérios de diferenciação e fins de distinção, em conformidade com a relação que se dá entre eles, ou seja, com a congruência do critério em razão da finalidade. Dentre as três razões elencadas por Steinmetz como principais à consideração do princípio da igualdade perante os direitos fundamentais, duas merecem destaque: ele é uma garantia fundamental por ser um instrumento de preservação e aperfeiçoamento do sistema de direitos fundamentais, e, ainda, proíbe intervenções discriminatórias dos poderes públicos nos direitos fundamentais. Daí advém sua relação com o princípio

³¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51.

³¹⁷ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 404.

³¹⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”.

³¹⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

da proporcionalidade: ambos possuem relação muito próxima com o sistema de direitos fundamentais, pois garantem sua preservação e aperfeiçoamento.³²⁰

Outrossim, o princípio da igualdade é dividido em formal e material. O critério formal é ligado ao modo como tal princípio está previsto nas constituições, ou seja, sua concepção é de atribuir tratamento absolutamente idêntico a situações, pessoas ou fatos. Nesse sentido, pois, a igualdade tem função de uniformizar as diferenças, tratando de maneira igualitária até mesmo as situações, fatos ou pessoas que não são. Em razão da identificação de desigualdades, o legislador reconhece que, em princípio, todos são iguais, e não lhe é exigível fundamentação para tal afirmativa; porém, a justificativa far-se-á necessária quando houver “tratamento diferenciado em benefício específico de uma pessoa ou grupo determinado de pessoas, ao invés de ser a favor de todas elas”.³²¹

De outro lado, a concepção material deriva do entendimento de isonomia: há, desse modo, “prévia aceitação da existência de desigualdades”, o que permite sejam as pessoas tratadas de modo diverso pelo poder público com o fim de atingir igualdade material entre todos.³²² A atividade estatal, aqui compreendida legislativa e judiciária, no que diz com tal conferência, deve ser orientada pela racionalidade. Mariângela Gama de Magalhães Gomes assevera que “cabe ao legislador valorar racionalmente as diferenças e semelhanças entre os fatos a serem disciplinados, de modo que os resultados dessa ponderação demonstrem-se coerentes”.³²³ Contudo, cabe também ao aplicador e ao intérprete da lei fazer tal ponderação racional na análise dos casos concretos, de modo a assegurar a igualdade. Assim sendo, deve ser atribuído tratamento diverso a casos diferentes, porém, quando o intérprete ou o aplicador da lei penal concluir que situações iguais são em lei tratadas de modo diverso, “seu esforço deverá ser direcionado à reconferência de sentido aos textos, visando à reconstrução superadora”³²⁴, assegurando o emprego da igualdade.

³²⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 174-175.

³²¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 164-165. In: SIERRA, Jerónimo Arozamena. Principio de igualdad y derechos fundamentales. **El principio de igualdad en la Constitución española**: XI Jornadas de Estudio. Centro de Publicaciones, 1991. p. 419.

³²² *Ibid.*, p. 423.

³²³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

³²⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 46.

4.1.4 O princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena, previsto no inciso XLVI³²⁵ do artigo 5º da Constituição Federal, refere-se à necessidade de limitação da sanção penal ao grau de culpabilidade dos autores, coautores e partícipes de um crime, com a devida adequação qualitativa e quantitativa para cada um deles. O preceito é decorrente do modelo de aplicação personalíssima da resposta penal ao ilícito perpetrado,³²⁶ e, por tal razão, individualizar a pena significa escolher e aplicar justa e adequada sanção ao perfil do condenado, tendo em conta os seus efeitos, de modo a torná-lo único e distinto dos demais infratores, ainda que na perpetração do delito tenham coautores e ou corréus. A finalidade do princípio, pois, é a fuga da padronização da pena.³²⁷

O princípio possui três dimensões, são elas a legislativa, a judiciária e, por fim, a executiva. A primeira consiste no processo de criação dos tipos penais com a devida delimitação da conduta ilícita e da espécie e quantidade de pena cabível para ela. Após a definição legal, ocorre a segunda etapa da individualização da pena, que é instrumentalizada na sentença penal condenatória por meio do juiz, trata-se da individualização judicial da pena. Esse momento de aplicabilidade do princípio perfaz a etapa final do juízo de responsabilização do agente pelo ilícito perpetrado, a qual, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, passará ao terceiro momento, que é a última fase da individualização, nomeada de executiva.³²⁸

Por derradeiro, importante observar que há um forte laço entre os princípios da personalidade³²⁹, da proporcionalidade e da individualização da pena. Isto porque tal conjunto direciona a imposição de pena certa ao autor do crime, nos limites necessários à justa retribuição do ilícito e à sua devida prevenção.³³⁰

³²⁵ “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]”.

³²⁶ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261.

³²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

³²⁸ CARVALHO, *op. cit.*, p. 261-262.

³²⁹ Nesse sentido, importa referência ao princípio da personalidade, a partir do qual se compreende que “a responsabilidade não pode ser transferida a terceiro, isto é, a qualquer pessoa não vinculada culposamente ao fato delituoso ou ao seu autor principal”. (BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 49.).

³³⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 49.

4.2 A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO LEGAL FEITA PELO JUIZ EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DE GARANTIAS DO DIREITO PENAL

Interpretação e aplicação da lei são conceitos distintos, todavia se completam mutuamente, de modo que o processo interpretativo deva expressar de modo claro e objetivo o sentido e alcance da norma legal. A interpretação pode ser tida como o ato de “descobrir o real sentido e o verdadeiro alcance da norma jurídica”, e mostra-se essencial, pois os textos legais são gerais e genéricos, cabendo ao magistrado a realização da adequação por intermédio da interpretação.³³¹

Segundo afirma Paganella Boschi, “a ordem jurídica [...] é frequentemente atingida ou modificada por novas leis, que afora as imprecisões técnicas, deixam muitos espaços em aberto ou ainda geram conflitos com outras disposições normativas”.³³² Na maioria desses casos, a norma entra em conflito com o valor da Justiça, sendo o que ocorre no caso da majorante do emprego de arma de fogo no crime de roubo, haja vista que além de constituir excesso punitivo, está em situação de flagrante desproporção para a mesma conduta se tipificada como extorsão. Em ocasiões como tal, o julgador deve reinterpretar a norma, conciliando-a com o justo, e, para tanto, deverá socorrer-se dos valores e dos princípios constitucionais.³³³

Cabe ao judiciário, na análise do caso concreto, fazer o controle daquilo que é produzido pelo legislador ordinário, obra que pode ser, e na maior parte das vezes é, “incompleta, imperfeita, vaga ou exageradamente ofensiva”³³⁴. Portanto, compete ao juiz, junto do intérprete do direito, “dar os contornos do *ius poenale*”³³⁵. A ele cabe a interpretação da lei e a sua adequação ao caso concreto. Porém, assim procedendo, o juiz não cria direito, mas descobre a verdade da norma.³³⁶ Nesse sentido, Noronha aduz: “a interpretação nada mais é do que o processo lógico que procura

³³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 196.

³³² BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 32.

³³³ *Ibid.*, p. 24.

³³⁴ BIANCHINI, Alice; DE MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 230.

³³⁵ *Ibid.*, p. 347-348.

³³⁶ BENFICA, Francisco Vani. **Da lei penal, da pena, e sua aplicação, da execução da pena**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 11-12.

estabelecer a vontade contida na norma jurídica. Interpretar é desvendar o conteúdo da norma”³³⁷.

Para Bemfica, eventual dúvida do magistrado na interpretação e aplicação da lei se resolve com “a exata correspondência entre a letra e o espírito da lei, não se dando à fórmula geral resultado mais amplo, nem mais restrito do que aparece na palavra da lei”³³⁸. Entretanto, tal afirmativa não se trata de verdade absoluta, vez que é admitida interpretação extensiva e restritiva no Direito Penal.³³⁹ Todavia, em leitura dos princípios constitucionais que regem o sistema penal brasileiro, deve-se valer apenas de interpretações extensivas *pro reo*. Assim se depreende do que sustenta Ferrajoli, ao discorrer sobre a analogia no Direito Penal, a dizer deve ser excluída aquela *in malam partem*, mas admitida a que for *in bonam partem*, isto porque tal proibição segue o critério do “favor rei”³⁴⁰, de modo a impedir a extensão da lei por discricionariedade do julgador. Daí advém o dever de interpretação mais restritiva da norma penal e de proibição da interpretação extensiva quando prejudicial ao réu.³⁴¹ Conforme leciona Toledo “o princípio *in dubio pro reo* afasta a possibilidade de extensão”,³⁴² quando ela não ocorrer em favor do réu.

Sendo a norma clara, portanto, não cabe buscar sentido diverso daquele que resulta evidentemente do texto legal.³⁴³ Porém, quando a letra da lei não for dotada de tal precisão e clareza deve a interpretação, seja ela extensiva ou não, ser feita em favor do acusado, em observância aos princípios reitores do Direito Penal.

³³⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: Volume 1 – Introdução e Parte Geral**. 23. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 70.

³³⁸ BENFICA, Francisco Vani. **Da lei penal, da pena, e sua aplicação, da execução da pena**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 13.

³³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 197.

³⁴⁰ “O princípio do *favor rei* significa que, no confronto entre a pretensão punitiva (estatal ou particular) e os interesses do acusado, o legislador deve conferir uma especial prevalência a estes últimos, isto pois, o primeiro objetivo de um Estado democrático e de Direito é garantir a liberdade dos cidadãos, demonstrando a total falta de interesse público na condenação de um inocente.” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 184. In: COSTA, Paula Bajer Fernandes Martis da. **Igualdade no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 95.).

³⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 351.

³⁴² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 28.

³⁴³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral, tomo 1**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 212.

4.3 A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM RESPOSTA AO EXCESSO PUNITIVO TRAZIDO PELA LEI Nº 13.654/2018

Diante da análise realizada dos princípios que regem o Direito Penal, denota-se que é vedada a atuação imoderada do Poder Legislativo, que tampouco poderia “formular regras cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade assegurados pelo sistema constitucional, afrontando diretamente o *princípio da proporcionalidade*”.³⁴⁴ É, entretanto, o que se observa da comparação entre as penas cominadas para as formas majoradas pelo uso de arma de fogo nos delitos de roubo e de extorsão ante a alteração da Lei nº 13.654/2018.

Em análise realizada com relação à figura do sequestro relâmpago, previsto no § 3º do artigo 158 do Código Penal³⁴⁵, Bitencourt já sinalava a evidente violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade do que dispôs o legislador.³⁴⁶ E o flagrante desrespeito aos princípios constitucionais, embora tenha sido alarmado pela doutrina, foi repisado pelo Poder Legislativo ao incluir a causa de aumento do § 2º-A, inciso I, no crime de roubo. Como já visto, é evidente o excesso punitivo trazido pela majorante, tanto por tratar-se de grande aumento (2/3), quantidade superior ao máximo antes previsto para a majorante do emprego de arma, quanto por fazer a sanção muito se aproximar da pena mínima de espécie de roubo manifestamente mais grave: o que resulta em lesão corporal grave.

Ao fazer comparação da sanção imposta para o crime de roubo com emprego de arma de fogo com a mesma hipótese de meio para o crime de extorsão, verifica-se, para além do excesso já mencionado, flagrante desproporção. Os tipos penais são muito semelhantes, por vezes confundem-se, e a nova regra legal (majorante do inciso I, § 2º-A, do artigo 157 do Código Penal) propicia flagrante diferenciação entre eles. A nova causa de aumento configura hipótese na qual o legislador brasileiro não

³⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 155.

³⁴⁵ “§ 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 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente”.

³⁴⁶ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 156.

respeitou o princípio da proporcionalidade, aqui tido abstratamente, visto que impõe fração de aumento ao roubo que acarreta “clara vulneração”³⁴⁷ da proporcionalidade.

No caso, está-se diante de situação em que “o legislador promove uma manifesta incoerência endonormativa no sistema jurídico-penal, ao apenar mais gravemente uma conduta que, ao lado de outra, ajustadamente penalizada, não se apresenta assim como um tanto mais grave”.³⁴⁸ Certo é que a pena cominada deve ser proporcional ao fato praticado, em observância ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito³⁴⁹, circunstância claramente não observada com a nova causa de aumento do crime de roubo, em flagrante desproporção à semelhante (até por vezes idêntica) conduta se tipificada como crime de extorsão.

Luciano Feldens sustenta que a realização de determinado paralelismo entre duas sanções cominadas nos casos de evidente desproporção “não parece ser análise da qual deva furtar-se o juiz constitucional”³⁵⁰. Sempre que o conteúdo da proporcionalidade não é respeitado pelo legislador, portanto, cabe ao juiz realizar os devidos ajustes,³⁵¹ com o fim de fazer prevalecer o princípio da proporcionalidade na adequada e razoável aplicação da pena ao ilícito que fora perpetrado.

4.4 A NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDOTA DE “ASSALTO À MÃO ARMADA” COMO DELITO DE EXTORSÃO

A inclusão da majorante do inciso I do § 2º-A no crime de roubo, feita pela Lei nº 13.654/2018 fez com que restassem evidentes duas problemáticas sobre os tipos de roubo e de extorsão: o excesso punitivo dado ao delito de roubo perpetrado com uso de arma de fogo em comparação à mesma hipótese se tipificada como crime de extorsão e, em consequência disso, a ênfase da confusão que se dá na tipificação da conduta de assalto, dada à extrema semelhança do roubo e da extorsão. Como antes referido, três são as correntes doutrinárias para a resolução da problemática de tipificação da conduta considerada como assalto. Porém, só uma delas mostra-se

³⁴⁷ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 399.

³⁴⁸ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 87-88.

³⁴⁹ BIANCHINI; MOLINA; GOMES, *op. cit.*, p. 404.

³⁵⁰ FELDENS, *op. cit.*, p. 88.

³⁵¹ BIANCHINI; MOLINA; GOMES, *loc. cit.*

passível de aplicabilidade, em observância aos princípios garantidores do Direito Penal, o que se pretende mostrar a seguir.

Repisando as correntes doutrinárias à diferenciação dos crimes de roubo e de extorsão têm-se: (I) a hipótese clássica de distinção em razão da conduta do agente, visto que no roubo o autor subtrai, na extorsão ele faz com que a coisa objetivada lhe seja entregue; (II) a condição de verificação de variação temporal das condutas, pois no roubo o mal é iminente e contemporâneo é o proveito tido pelo agente, em contrapartida, na extorsão futuro é o mal do qual é ameaçado o ofendido, bem como é futura a vantagem pretendida pelo agente; e (III) a especificação segundo o critério de imprescindibilidade do comportamento da vítima, que é prescindível no tipo penal de roubo, mas indispensável na extorsão. Muito embora haja divergência doutrinária à afeição de uma corrente ou de outra, diz-se que a doutrina tem maior adesão para com a corrente clássica, que faz distinção apenas com relação à conduta do agente. Segundo ela, o assalto configuraria extorsão, pois a conduta do sujeito ativo é *exigir* da vítima que lhe *entregue* o bem pretendido *mediante ameaça ou violência*. Porém, a jurisprudência pátria não adota tal critério, tipificando a conduta como roubo.

A razão para a maioria doutrinária inclinar-se à lição clássica é clara: ela se volta “à preservação do princípio da legalidade, respeita a relação de especialidade existente entre os crimes de roubo e extorsão”.³⁵² Além disso, não há como rechaçar a teoria, pois pautada na letra da lei. Do contrário, fazer as diferenciações como sugerem as outras correntes “é distinguir onde a lei não distingue”,³⁵³ sendo elas, em razão disso, de fácil desmanche, visto que notáveis diversas incongruências no que diz à realidade concreta das condutas criminosas.

O critério temporal não se sustenta. Não se pode exigir haja na extorsão um lapso temporal entre a ameaça e a obtenção da vantagem indevida, em que pese tal hipótese seja a mais frequente, pois a locupletação pode ser contemporânea: caso em que o agente devedor da vítima a coage, fazendo-a, de pronto, rasgar o título de dívida,³⁵⁴ por exemplo. Ademais, o mal prometido pode ser instantâneo, como ocorre nos casos em que a vítima é primeiramente roubada, e logo depois de desapossada de seus bens, é pelo agente obrigada a fornecer as senhas de seus cartões, sempre

³⁵² GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. **O crime de extorsão no direito penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 91.

³⁵³ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII: arts. 155 a 196**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 67.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 67-68.

sob a ameaça de morte³⁵⁵. A hipótese não indica, de modo implícito ou explícito, a exigência de que na extorsão o proveito não seja obtido de forma imediata, e, além disso, não encontra previsão legal,³⁵⁶ razão pela qual não deve ser aplicada.

Tampouco prospera o critério de imprescindibilidade do comportamento da vítima. Segundo tal teoria, a pessoa-alvo possui papel indispensável na extorsão, a qual sequer se pode realizar sem que haja a sua colaboração, visto que, *per se*, o agente não poderia ter acesso à vantagem pretendida.³⁵⁷ A hipótese até que possui aplicabilidade em determinadas condutas, como no caso em que o agente exige que a vítima saque dinheiro em caixa eletrônico, o que sabidamente só é possível fazer com senha própria e individual.³⁵⁸ Porém, a teoria gera confusão, pois, ao sustentar que determinada vantagem somente será alcançada por meio de comportamento da pessoa ofendida, indica a impossibilidade do crime de roubo na espécie,³⁵⁹ visto que seu verbo nuclear é *subtrair*, sendo esta a ação do agente. A conclusão que se retira da teoria é de que não se trata de critério diferenciador entre os delitos de roubo e extorsão, pois apenas aplicável ao último tipo.

Outrossim, o fundamento utilizado por ambas as teorias de que no roubo a vítima “não tem qualquer opção senão a entrega do bem”, ao passo que na extorsão ela “tinha alguma possibilidade de escolha acerca de entregar ou não o objeto”,³⁶⁰ não prospera. É que o fundamento de que, embora seja a vontade da vítima viciada pela coação, “há vontade”, pois a pessoa-alvo “embora moralmente constrangida, fica fisicamente longe da influência do agente”³⁶¹, afasta a possibilidade do emprego de arma de fogo na conduta. Ao considerar que a ofendida fica *fisicamente longe* da influência do agente, por óbvio não se admite que o autor esteja a apontar-lhe arma de fogo com o fim de coagi-la, pois não há distância física da proeminente ameaça. A majorante do emprego de arma no crime de extorsão não teria qualquer aplicação segundo a teoria, o que não se pode admitir. Não há como estear tal fundamento para os fins de diferenciação entre roubo e extorsão, pois quando utilizada arma de

³⁵⁵ THUMS, Gilberto. **Crimes contra o patrimônio**: jurisprudência do STF e do STJ, doutrina e análise crítica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 120-121.

³⁵⁶ GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. **O crime de extorsão no direito penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 91.

³⁵⁷ THUMS, *op. cit.*, p. 107.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 121.

³⁵⁹ GOMES JUNIOR, *op. cit.*, p. 92.

³⁶⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra o patrimônio**. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.

³⁶¹ BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 358.

fogo, é óbvio que a vítima fica à *mercê* do autor do ilícito, estando completamente viciada a sua vontade, “que equivale a inexistência da vontade”,³⁶² inviável afirmar que a vítima teve *opção de agir*.

Destarte, a melhor doutrina é aquela que diferencia os delitos por intermédio do critério realizado pelo próprio legislador na confecção dos tipos penais: no roubo o autor subtrai, na extorsão ele constrange a vítima a lhe entregar o bem. A corrente doutrinária se dá em estrita observância ao princípio da legalidade, pois interpreta as normas legais de acordo apenas com aquilo que nelas está contido, sem a criação de critérios que não se conciliam com o direito positivo e não são exaurientes.³⁶³ No mais, a teoria da *contreactio* e *traditio* perfaz a melhor interpretação a ser dada para a hipótese do assalto à mão armada, visto que enquadrar tal conduta como crime de roubo consistiria em evidente interpretação extensiva em prejuízo do agente, pois a nova majorante da espécie faz com que o aumento da pena seja maior àquele que se daria se tipificada a conduta como extorsão.

Diante das hipóteses, cabe ao juiz, “à luz do princípio da proporcionalidade”, analisar situações nas quais o legislador promove manifesta incoerência,³⁶⁴ de modo a proceder a correta aplicação da norma ao caso concreto. Assim, resta evidente à problemática que a melhor solução perfaz-se na adequação típica da conduta tida como assalto como delito de extorsão, pois, somente desse modo os princípios garantidores do Direito Penal restarão assegurados. Ao entender a conduta como extorsão se atende (I) ao princípio da legalidade, em observância ao que diz a letra da lei exatamente, e vedando a interpretação extensiva *in malam partem*; (II) aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, haja vista que a mesma conduta de assalto à mão armada não receberá trato diverso mais severo àquele que prevê a lei penal; e, em consonância com os dois princípios anteriores, (III) ao princípio da individualização da pena, que será aplicada na medida necessária e adequada à reprovação e prevenção da conduta criminosa.

³⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 153.

³⁶³ FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: arts. 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 66.

³⁶⁴ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 87-88.

5 CONCLUSÃO

O roubo e a extorsão, dispostos, respectivamente, nos artigos 157 e 158 do Código Penal, são crimes complexos, pois são lesivos do patrimônio e da pessoa de modo simultâneo. Em ambos os tipos penais o agente do ilícito, visando patrimônio alheio, utiliza-se de violência e ou grave ameaça para alcançar o pretendido. Assim, as espécies criminosas patrimoniais muito se aproximam, haja vista que tutelam os mesmos bem jurídicos e são perpetradas quase que da mesma maneira. A diferença sutil entre os tipos está no verbo nuclear de cada um deles: no roubo o autor *subtrai* coisa alheia móvel; na extorsão o agente *constrange* a vítima à ação ou omissão de modo a ter indevida vantagem econômica.

É em razão da proximidade dos delitos que o legislador fez previsão de penas idênticas às suas espécies comuns (previstas no *caput* de cada um dos artigos já mencionados), e a identidade era também observada no que diz com as majorantes de cada espécie, pois no § 2º do artigo 157 e no § 1º do artigo 158, ambos do Código Penal, havia previsão de aumento da pena nas frações de um terço (1/3) até metade (1/2) quando o delito fosse perpetrado em certas circunstâncias especiais. E cabe destaque o fato que duas das causas de aumento eram idênticas a ambos os crimes: o concurso de agentes e o emprego de arma. Destarte, não havia grandes necessidades na discussão entre a diferenciação na adequação típica de cada um dos delitos, visto que, na prática, inexistente distinção à reprimenda do agente para uma ou outra espécie delitiva.

O paradigma muda com o advento da Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, a qual fez significativas alterações no crime de roubo: revogou a causa de aumento do emprego de arma, antes prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, e incluiu nova majorante do emprego de arma de *fogo* no inciso I do § 2º-A, referente ao mesmo artigo. A modificação legislativa recebeu diversas críticas, pois ao revogar o inciso I do § 2º do crime de roubo, deixou de prever causa especial de aumento para os delitos perpetrados com uso de armas brancas ou impróprias, pois a nova causa de aumento restringe-se ao emprego de *arma de fogo*. Além disso, as alterações não alcançaram o crime de extorsão, em evidente incoerência ao similar trato que era dado aos delitos de roubo e extorsão, justamente em razão da grande semelhança existente entre eles.

Parte do equívoco legislativo com a Lei nº 13.654/2018 foi corrigido pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que incluiu no crime de roubo a majorante do emprego de arma branca, agora prevista no inciso VII do § 2º do tipo de roubo. Porém, nenhuma mudança foi realizada no crime de extorsão, que permanece com as majorantes e frações de aumento antes previstas. A flagrante negligência pelo legislador ao tipo de extorsão pode ser entendida como decorrência de que são mais comuns os crimes de roubo, que aparecem em maior quantidade na jurisprudência pátria. Assim o é, visto que uma das práticas criminosas mais comuns na atualidade, o assalto à mão armada – conduta em que o agente, ao apontar arma de fogo para a pessoa-alvo, lhe exige a entrega de algum pertence, o telefone celular, o relógio, a bolsa, etc. –, é normalmente tipificada como crime de roubo pelo Poder Judiciário.

A problemática, que antes não carecia de grandes atenções, agora merece especial estudo e reflexão. É que a mesma conduta de assalto à mão armada, que pode ser tido tanto como crime de roubo, quanto como crime de extorsão, receberá trato diverso, em flagrante inobservância ao princípio da igualdade. Mas não é só, se configurada como crime de roubo, a pena aplicada ao agente será desproporcional e excessiva se comparada com aquela que seria aplicada ao crime de extorsão, pois a nova majorante do roubo tem previsão de aumento de dois terços (2/3) da sanção, enquanto a causa de aumento, na extorsão, segue podendo se dar entre um terço (1/3) e metade (1/2). A alteração legislativa, portanto, é envolta de falhas práticas, já que fez alteração quanto à pena – frisa-se, *excessiva* – de um tipo penal (roubo) e não realizou correspondência ao outro (extorsão), o que manifestamente acarreta na violação de diversos princípios de garantias do Direito Penal.

Diante deste cenário, cabe ao juiz fazer adequada interpretação e aplicação da norma legal, em observância aos preceitos garantidores de direitos fundamentais. O julgador do caso concreto, aqui hipoteticamente considerada a conduta de assalto à mão armada, fica diante de dupla possibilidade: ou tipifica o ilícito com roubo, ou como extorsão. Para solucionar o problema, o magistrado poderá se valer do que diz a doutrina sobre a temática, utilizando-se do estudo dogmático da norma penal. Todavia, deverá fazer uso da melhor técnica, sempre em observância aos princípios garantidores do Direito Penal, os quais não podem ser violados ou rechaçados, pois constituem garantias constitucionais.

Acerca da diferenciação entre roubo e de extorsão, são três as correntes doutrinárias. A clássica faz diferenciação apenas no que tange a ação do autor do

fato, no roubo há a subtração pelo agente, na extorsão ele constrange a vítima à ação ou omissão. A segunda, do critério temporal, afirma haver diferenciação entre a ameaça e o proveito das condutas, sendo no roubo mal e obtenção do pretendido imediatos, ao passo que na extorsão seriam ambos futuros. Por fim, há a teoria da imprescindibilidade da participação da vítima no fato, o que, segundo tal posição, não ocorre no crime de roubo, mas no crime de extorsão, no qual indispensável é a atuação da pessoa ofendida. Muito embora, à primeira vista, pareçam todas as três correntes aplicáveis e coerentes, somente uma delas tem aplicabilidade em coesão aos princípios basilares do Direito Penal.

Somente a teoria clássica, que limita a diferenciação nos exatos termos da lei – no roubo há a subtração da coisa, na extorsão há o constrangimento da vítima para que ela entregue o bem – observa o critério da legalidade, tendo em vista que se restringe à taxatividade do que firmou o legislador, sem operar interpretações extensivas, que claramente, *in casu*, configurariam prejuízo ao agente. Assim sendo, conclui-se que a melhor adequação da conduta criminosa do assalto à mão armada, frente ao excesso punitivo trazido pela Lei nº 13.654/2018 ao crime de roubo, seria como delito de extorsão. Operando desse modo, o judiciário logra corrigir o produto legislativo, em obediência aos princípios reitores do Direito Penal, assegurando ao agente a proporcionalidade entre fato praticado e resposta sancionatória, em estrito cumprimento aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, que devem ser observados quando da aplicação do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da pena**. 5. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2013.

AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais da legalidade à culpabilidade**. (monografia). São Paulo: IBCCRIM, 2003. 252 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BENFICA, Francisco Vani. **Da lei penal, da pena, e sua aplicação, da execução da pena**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Decreto n. 9.785, de 7 de maio de 2019. **Planalto**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2019/decreto-9785-7-maio-2019-788081-norma-pe.html>>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal do Império do Brasil de 1830**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 11.923, de 17 de abril de 2009. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11923.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13654.htm#:~:text=Altera%20o%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,junho%20de%201983%2C%20para%20obrigar>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art2>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm>. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Atribuições do STJ**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Atribuicoes>>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 10.375**. Impetrante: Obregon Gonçalves. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 04/11/1999, data de publicação: 22/11/1999. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199900709012&dt_publicacao=22/11/1999>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 86.127**. Impetrante: José Paulo da Silva Macedo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 21/02/2008, data de publicação: 17/03/2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701388423&dt_publicacao=17/03/2008>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Página de Pesquisa de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.386**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Djair D'Aguiar. Relator Ministro José Candido de Carvalho Filho, Sexta Turma, julgado em 06/02/1990, data de publicação: 05/03/1990. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=198900117220&dt_publicacao=05/03/1990>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 90.097**. Recorrente Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Ezequiel Santana do Vale. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 25/11/1997, data de publicação: 25/02/1995. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199600150699&dt_publicacao=25/02/1998>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 174**. No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena. Terceira Seção, julgado em 23/10/1996. DJ 31/10/1996 p. 42124. RSSTJ vol. 12 p. 267. RSTJ vol. 91 p. 165. RT vol. 734 p. 641. Cancelada no julgamento do REsp 213.054/SP em 24/10/2002. DJ 11/11/2002 p. 148. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=174&tipo=sumula+ou+su&b=SUNT>>. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 231**. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Terceira Seção, julgado em 22/09/1999. DJ 15/10/1999 p. 76. RSSTJ vol. 17 p. 227. RSTJ vol. 131 p. 149. RT vol. 769 p. 254. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=231&tipo=sumula+ou+su&b=SUNT>>. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 582**. Consuma-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. Terceira Seção, julgado em 14/09/2016. DJe 19/09/2016. RB vol. 637 p. 81. RSSTJ vol. 46 p. 489. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=582&tipo=sumula+ou+su&b=SUNT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 96**. O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida. Terceira Seção, julgado em 03/03/1994. DJ 10/03/1994 p. 4021. RSSTJ vol. 7 p. 63. RSTJ vol. 61 p. 261. RT vol. 704 p. 385. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=96&tipo=sumula+ou+su&b=SUNT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 96.701**. Recorrente: Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro. Recorrido: Willy Besen. Relator Ministro Firmino Paz, Segunda Turma, julgado em 29/06/1982, data de publicação: 13/08/1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=190122>>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRUNO, Aníbal. **Comentários ao código penal**: volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral, tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**: parte especial - Volume IV. Bogotá: Temis, 1974.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Luiz Penteado de. **Furto, roubo e latrocínio**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 1991.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONTI, Luigi. *In*: BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martis da. **Igualdade no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**: parte especial. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DUTRA, Mário Hoepfner. **O furto e o roubo (em face do Código Penal brasileiro)**. São Paulo: Max Limonad, 1955.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP**. 10. ed. ver. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Lições de direito penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, volume VII: arts. 155 a 196**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. **O crime de extorsão no direito penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra o patrimônio**. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II (arts. 121 a 212)**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2019.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1979.

KEUNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena: teoria da pena, dosimetria da pena**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Jurua, 1998.

LINTZ, Sebastião. **O crime, a violência e a pena**. Campinas: Julex, 1987.

LOUREIRO, Osman. **Introdução aos crimes contra o patrimônio e outros estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1973.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 212) – Volume 2**. 12. ed. São Paulo: Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 9. ed. atual. até 5 de janeiro de 2015. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código penal interpretado**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: Volume 1 – Introdução e Parte Geral**. 23. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1985.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: Volume 2 – Dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. 21. ed. atual. por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: Lei 13.964, de 24.12.2019. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PIEIDADE JUNIOR, Heitor. **Crimes contra o patrimônio**: perguntas e repostas. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas de 1595**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>>. Acesso em: 04 out. 2020.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Roubo e receptação**: indagações, doutrina, prática, formulários. Bauru: Jalovi, 1980.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação jurisprudencial. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIERRA, Jerónimo Arozamena. Principio de igualdad y derechos fundamentales. **El principio de igualdad en la Constitución española**: XI Jornadas de Estudio. Centro de Publicaciones, 1991. p. 419.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: volume 3, parte especial. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

THUMS, Gilberto. **Crimes contra o patrimônio**: jurisprudência do STF e do STJ, doutrina e análise crítica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOVO, João Batista Marques; TOVO, Paulo Claudio. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Vade-mécum penal: Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.