



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

GABRIEL FURTADO GADELHA

TENTATIVA E CONSUMAÇÃO NO CRIME DE ROUBO PRÓPRIO

FORTALEZA

2017

GABRIEL FURTADO GADELHA

TENTATIVA E CONSUMAÇÃO NO CRIME DE ROUBO PRÓPRIO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

G12t Gadelha, Gabriel.
tentativa e consumação no crime de roubo próprio / Gabriel Gadelha. – 2017.
54 f. : il.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

1. Roubo próprio. 2. tentativa. 3. consumação. I. Título.

CDD 340

GABRIEL FURTADO GADELHA

TENTATIVA E CONSUMAÇÃO NO CRIME DE ROUBO PRÓPRIO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Afonso Roberto Mendes Belarmino
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Delmiro Ximenes de Farias
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que foram responsáveis pela minha educação, tanto pessoal quanto acadêmica e, que apesar das dificuldades, são verdadeiros exemplos de pessoas fortes e determinadas.

A todos os amigos e colegas que tive o prazer de conhecer na graduação do curso de Direito da Universidade Federal do Ceará e nos estágios que realizei na Polícia Federal, na Justiça Federal e no Ministério Público Estadual.

A minha amiga Fabrissa, por ter me concedido, além de apoio moral, vasto material bibliográfico para a elaboração deste trabalho.

Ao meu orientador, Gustavo César Machado Cabral, brilhante professor que dedicou seu tempo para análise deste trabalho, assim como os demais componentes da banca avaliadora, os mestrandos Afonso Roberto Mendes Belarmino e Delmiro Ximenes de Farias.

RESUMO

Este trabalho se propõe a investigar e delimitar a tentativa e a consumação no crime de roubo próprio, previsto no artigo 157 do Código Penal Brasileiro. Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica, notadamente livros, periódicos, legislações e decisões judiciais. O trabalho faz inicialmente uma análise do crime de roubo próprio, destacando seus principais aspectos. Em seguida, faz-se um exame da tentativa, abordando suas generalidades e, posteriormente analisa-se o *iter criminis* do crime de roubo próprio, para assim delimitar hipóteses práticas de roubo próprio tentado, levando em conta a proximidade da realização do plano delitivo do autor. Em um segundo momento, busca-se delimitar hipóteses práticas de roubo próprio consumado, ressaltando que a simples perda da disponibilidade momentânea da *res furtiva* por parte da vítima não significa necessariamente que a ação delitiva esteja consumada. Ademais, o trabalho destaca as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito da temática abordada, revelando que doutrina e jurisprudência estão longe de um consenso quanto a delimitação das hipóteses de tentativa e consumação no crime de roubo próprio.

Palavras-chave: Roubo próprio. Tentativa. Consumação.

ABSTRACT

This paper proposes to investigate and delimit the attempt and the consummation in the crime of robbery proper, foreseen in article 157 of the Brazilian Penal Code. For this purpose, bibliographic research is used, especially books, periodicals, laws and judicial decisions. The paper initially analyzes the crime of robbery proper, highlighting its main aspects. Then, it is made an examination of the attempt, approaching its generalities, and later analyze the *iter criminis* of the crime of robbery proper, in order to delimit practical hypotheses of the attempted robbery proper, taking into consideration the proximity of the accomplishment of criminal plan from the perspective of the author. Secondly, it seeks to delimit practical hypotheses of consummate robbery proper, emphasizing that the simple temporary loss of *res furtiva* does not necessarily mean that the delinquent action is consummated. In addition, the paper highlights the decisions of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice regarding the issue addressed, revealing that doctrine and jurisprudence are far from a consensus regarding the delimitation of hypotheses of attempted and consummation in the crime of robbery proper.

Keywords: Robbery proper. Attempt. Consummation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. DO CRIME DE ROUBO PRÓPRIO.....	11
2.1 Considerações iniciais.....	11
2.2 Bem jurídico protegido.....	12
2.2.1 <i>Abrangência do termo patrimônio</i>	12
2.3 Conceito jurídico.....	12
2.3.1 <i>Diferença entre roubo próprio e roubo impróprio</i>	13
2.4 Meios de execução	13
2.4.1 <i>Violência</i>	13
2.4.2 <i>Grave ameaça</i>	14
2.4.3 <i>Qualquer outro meio</i>	14
2.5 Sujeitos do crime.....	14
2.6 Elemento subjetivo do tipo.....	15
2.7 Majorantes.....	15
2.8 Classificação doutrinária.....	16
2.9 Ação penal e procedimento.....	17
3 DA TENTATIVA.....	18
3.1 Origens do reconhecimento do crime em sua forma tentada.....	18
3.2 Teorias acerca da punibilidade da tentativa.....	19
3.2.1 <i>Teoria objetiva</i>	19
3.2.2 <i>Teoria subjetiva</i>	20
3.2.3 <i>Teoria subjetivo-objetiva</i>	21
3.3 A tentativa como minorante obrigatória.....	21
3.4 Natureza jurídica da tentativa.....	23
3.5 Tentativa perfeita e imperfeita.....	24
3.6 Admissibilidade da tentativa no crime de roubo próprio.....	24

4. DO <i>ITER CRIMINIS</i>.....	25
4.1. Cogitação.....	25
4.2 Atos preparatórios x Atos executórios.....	25
4.3 Consumação x Exaurimento.....	27
4.4. Hipóteses de roubo próprio tentado.....	27
5. O MOMENTO CONSUMATIVO DO CRIME DE ROUBO PRÓPRIO.....	29
5.1 Teorias clássicas.....	29
5.2 Teorias modernas desenvolvidas pela doutrina alienígena.....	31
5.3 Posição da doutrina pátria.....	32
5.4 Hipóteses de roubo próprio consumado.....	35
6 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.....	38
6.1 Jurisprudência acerca do início dos atos de execução do crime de roubo próprio....	38
6.2 Jurisprudência acerca do momento consumativo do crime de roubo próprio.....	41
6.2.1 <i>Supremo Tribunal Federal</i>.....	41
6.2.2 <i>Superior Tribunal de Justiça</i>.....	43
7 CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

A definição do momento consumativo do crime de roubo próprio é um tema que há bastante tempo é debatido pela doutrina e pela jurisprudência, dando margem para a existência de diversas teorias. Na prática forense, até meados dos anos 1980, se o ladrão era imediatamente perseguido e preso, sendo a *res furtiva* restituída à vítima, a condenação certamente seria por roubo tentado. Contudo, atualmente, sobretudo a partir da edição da Súmula 582 pelo Superior Tribunal de Justiça, a condenação nesse caso, sem dúvidas, seria por roubo consumado.

Nesse sentido, a diferenciação entre crime tentado e crime consumado influi diretamente na pena a ser aplicada no caso concreto, sendo necessário a delimitação clara das hipóteses práticas de tentativa e consumação no crime de roubo próprio, objetivando a aplicação de uma pena justa de forma a respeitar a construção dogmática jurídico-penal.

Registra-se que o crime de roubo é responsável por aproximadamente 21% do contingente de pessoas encarceradas atualmente em nosso país, que respondem ou já foram condenadas por este delito¹. Ademais, o Brasil tem a terceira maior taxa de roubos da América Latina². Tais constatações justificam a necessidade de uma delimitação clara e precisa do que se deve entender por roubo próprio tentando e consumado.

Assim, se faz necessário inicialmente analisar as especificidades do crime de roubo próprio, identificando sobretudo os bens jurídicos protegidos e a classificação doutrinária do delito. Nesse sentido, o patrimônio, principal bem jurídico tutelado no crime de roubo próprio, deve ser entendido não só pelo seu caráter econômico, mas também funcional, levando em consideração a utilidade da coisa para seu titular. Além disso, por tratar-se de crime material, o roubo próprio só estará consumado no momento em que houver efetiva lesão patrimonial.

Não obstante, antes de pretender determinar o momento consumativo, faz-se necessário determinar as hipóteses de tentativa. É justamente essa noção que o presente trabalho busca. Não se limita a analisar e delimitar o momento consumativo do crime de

1 Conforme dados do Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2014, do Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Disponível em <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acessado em 02/09/2017.

2 Segundo dados do relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento de 2013/2014. Disponível em http://www.pg.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/IDH/UNDP-RBLAC_ResumeExecPt-2014.pdf. Acessado em 02/09/2017.

roubo próprio, sendo considerado imprescindível examinar quando se inicia os atos de execução deste delito, ou seja, quando se dá início a tentativa de crime de roubo próprio.

Somente a partir da análise do *iter criminis*, sobretudo a partir da diferenciação de atos preparatórios e de atos de execução, é que podemos delimitar as hipóteses de tentativa de roubo próprio, distinguindo ainda começo de execução do crime e começo de execução da ação típica, sob o enfoque da teoria objetiva-individual, considerando a proximidade da realização do plano delitivo do autor. Nestes termos, há tentativa de roubo próprio ainda que o agente não tenha dado início a ação típica do crime, bastando que se aproxime imediatamente da realização do tipo penal sob a ótica do próprio autor do crime.

Somente a partir da delimitação das hipóteses de roubo próprio tentado é que se busca determinar o momento consumativo deste crime.

Inicialmente, faz-se uma análise das teorias clássicas que buscaram explicar o significado da palavra *contrectatio*, utilizada para identificar a ação material do furto no Direito Romano. Analisadas as teorias clássicas, o trabalho expõe novas teorias que se desenvolveram a partir da doutrina estrangeira. Posteriormente, destaca-se os entendimentos adotados pela doutrina pátria acerca da consumação do crime de roubo próprio.

Desse modo, delimita-se as hipóteses de roubo próprio consumado a partir do critério da posse desviada, na qual há a efetiva lesão patrimonial e não se confunde o objetivo do ladrão com a consumação. Assim, caso haja imediata perseguição pela própria vítima, sem perder de vista seu bem, sendo a *res furtiva* recuperada, não há falar-se em consumação

Ademais, faz-se uma análise do entendimento Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca do início dos atos de execução no crime de roubo próprio, demonstrando ainda que a teoria objetiva-individual ganha força nos tribunais estaduais.

No que diz respeito a consumação, a Corte Suprema e o Tribunal da Cidadania dispensam a posse mansa e pacífica e até mesmo a posse desviada, prevalecendo o critério da inversão da posse, contudo a noção de inversão da posse para o Pretório Excelso exige que os atos de violência tenham sido cessados, enquanto o Superior Tribunal de Justiça exige, de forma contraditória, apenas a detenção da *res* por parte do sujeito ativo.

2 DO CRIME DE ROUBO PRÓPRIO

2.1 Considerações iniciais

O Direito romano, base de todo o ordenamento jurídico dos países de origem latina, inicialmente não fazia uma distinção conceitual entre os crimes de furto e de roubo, este era espécie daquele. Não obstante, conforme observa Dutra (1955, p. 217), a subtração de coisa alheia com uso de violência era considerada mais grave e conseqüentemente punida com maior rigor.

A cisão entres os dois crimes é obra do Direito germânico e o vocábulo roubo advém da palavra *Raub*, sendo os alemães os primeiros a distinguir os dois delitos.

Nesse sentido é a precisa lição do consagrado penalista alemão Von Liszt (1899, p. 250):

[...] a ideia geral do roubo ficou desconhecida ao Direito romano. O Direito alemão da idade média, pelo contrário, distinguiu precisamente desde o começo a tirada pública de coisa alheia e a tirada furtiva; e, depois, no curso da Idade Média, especialmente nas leis sobre a paz pública e nas compilações, a *violência* tornou-se característica da ideia de roubo e destarte sofreu considerável aumento a respectiva penalidade [...]

No que concerne ao Direito Penal brasileiro, sempre houve uma certa distinção entres os crimes de furto e de roubo, apesar deste ser caracterizado muitas vezes pela violência exercida não somente contra a pessoa, mas também contra a coisa.

O Código Penal de 1830 caracterizava o furto e o roubo pela ação de *tirar* coisa alheia (artigos 257 e 269, respectivamente). A mudança no verbo nuclear do tipo ocorreu a partir do Código Penal de 1890, que passou a caracterizar o furto e roubo a partir da ação de *subtrair* (artigos 330 e 356, respectivamente).

Em ambos os códigos a noção de roubo era ligada a prática de violência contra a pessoa ou a coisa. A partir do Código Penal de 1940 rompe-se com esse paradigma, limitando a ocorrência do roubo aos casos de subtração mediante emprego de violência (ou grave ameaça) contra a pessoa (artigo 157).

Nesse sentido, analisando o histórico das legislações penais vigentes no território brasileiro, Prado (2013, p. 451) conclui que foi somente com a adoção do Código de Penal de 1940 que “instaurou-se a noção da autonomia e do traço distintivo [do roubo] em relação ao

furto: a maior gravidade em consequência do *modus operandi*, que envolvia investida contra a pessoa.”

2.2 Bem jurídico protegido

O roubo próprio está inserido no Título II do Código Penal brasileiro, o qual trata dos crimes contra o patrimônio. Não obstante, tutela-se, além do patrimônio, a integridade física e a liberdade individual.

Embora possa atingir a integridade física e a liberdade individual, a caracterização do roubo como crime patrimonial decorre da intenção do agente, que é a de subtrair coisa alheia móvel, sendo a violência e a grave ameaça apenas o *modus operandi* para o alcance da subtração (crime-fim).

2.2.1 Abrangência do termo patrimônio

O entendimento acerca do significado de “patrimônio” é bastante discutido na doutrina. Sem muita delonga, entendo que o melhor conceito é o funcional, o qual é baseado na utilidade que a coisa tenha para seu titular, sendo prescindível que esta tenha valor econômico para que ocorra a lesão patrimonial.

Na lição de Batista (2014, p. 9), o patrimônio abrange “qualquer objeto material que, embora não seja economicamente apreciável, tenha algum valor para o dono ou possuidor, por satisfazer suas necessidades, usos ou prazeres.”

Desse modo, podemos afirmar que a subtração, mediante violência e grave ameaça, de fotografias com valor sentimental ou de documentos pessoais, por exemplo, configura o crime de roubo.

2.3 Conceito jurídico

Segundo a definição do Código Penal brasileiro, o roubo próprio consiste no fato do agente utilizar-se de violência, grave ameaça ou qualquer outro meio que reduza a resistência da vítima à impossibilidade, para dela subtrair coisa alheia móvel, *in verbis*:

Roubo

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

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

2.3.1 Diferença entre roubo próprio e roubo impróprio

O roubo próprio se diferencia do roubo impróprio (art. 157, §1) no que concerne ao momento em que o sujeito emprega a violência ou grave ameaça. Caso estas ocorram após a subtração, objetivando assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro, estamos diante do roubo impróprio, que segundo a doutrina majoritária sequer admite a hipótese de tentativa, conforme observa Capez (2017, p. 472).

2.4 Meios de execução

O roubo pode ser exercido através de violência, grave ameaça ou qualquer outro meio que reduza à impossibilidade de reação da vítima, sendo estes o *modus operandi* da subtração.

2.4.1 Violência

Entende-se que a violência a que se refere o tipo penal deve ser empregada contra a pessoa e não contra a coisa, o que distingue o roubo do “furto violento” (art. 155, §4, I do CP.), visto que neste a violência é aplicada somente contra a coisa ou contra o obstáculo à subtração da coisa.

Ainda assim há casos em que o roubo pode ser caracterizado a partir da violência contra a coisa, mas alerta Fragoso (1987, p.23) “que a violência à coisa deve ser fisicamente sensível para a vítima, sobre a qual deve produzir um efeito físico e não psíquico”. O referido autor cita como exemplos a retirada das muletas de um deficiente físico ou o disparo de tiros contra os pneus de um automóvel.

Assim podemos dizer que se de algum modo a violência contra a coisa atingir fisicamente a vítima, a hipótese é de roubo, ainda que não haja lesão corporal, sendo suficiente apenas a ocorrência de vias de fato.

Desse modo, no caso de subtração por arrebatamento, na qual o agente também usa de violência contra a coisa para retirá-la da vítima, só se configura o roubo quando a violência à coisa repercute na vítima de modo a configurar ao menos vias de fato.

Exemplificativamente, na hipótese em que o agente que retira o aparelho celular das mãos de uma vítima desatenta não configura violência contra a pessoa. Já no caso de retirada

brusca do cordão do pescoço da vítima com um empurrão, resta configurada violência contra a pessoa.

2.4.2 Grave ameaça

No que concerne a grave ameaça, esta pode ser compreendida, assim como a violência, como mais uma forma de reduzir o poder de reação da vítima, podendo ser caracterizada por atos, gestos, palavras ou escritos, desde que sejam suficientes para impor receio na vítima.

Obviamente que a aferição do receio é bastante subjetiva, devendo ser levada em consideração as condições da vítima, tais como idade, sexo, compleição física, dentre outros fatores.

Destarte, é suficiente para a configuração da grave ameaça que a vítima se sinta atemorizada. O anúncio do roubo já pressupõe uma grave ameaça, ainda que velada, assim como no caso do agente que faz sugestão de estar armado colocando a mão na cintura.

2.4.3 Qualquer outro meio

Ao final da descrição do tipo penal, o legislador brasileiro acrescentou que a utilização de qualquer outro meio que possa impedir a resistência da vítima, configura igualmente o roubo próprio.

Extremamente necessária a generalização feita pelo legislador, alcançando assim aquele que sem violência ou grave ameaça, por exemplo, ministra um narcótico potente contra a vítima para subtrair seu patrimônio enquanto ela está entorpecida.

Nesse sentido, oportuno é ensinamento trazido por Nucci (2017, p. 967).

Não se deve confundir essa prática com outras figuras do furto qualificado (fraude, abuso de confiança ou destreza). No caso do art. 155, § 4.º, II, a fraude é utilizada para ludibriar a vítima que não se programa para resistir, pois é enganada pelo ardil utilizado; não há abuso de confiança, pois nem a relação de confiança se estabeleceu entre agente e ofendido; inexistente destreza, pois não se trata de agilidade das mãos do autor para tomar os bens da vítima.

2.5 Sujeitos do crime

Quanto ao sujeito ativo, pode ser qualquer pessoa, com exceção do proprietário da coisa, considerando que o tipo penal do roubo próprio descreve a conduta de quem subtrai coisa que não lhe pertences, coisa alheia móvel.

Assim, o proprietário da coisa que está na posse de terceiro, caso aja com violência e/ou grave ameaça para reaver seu bem, incorrerá no crime de exercício arbitrário das próprias razões, especificamente o tipo previsto no artigo 356 do Código Penal, em concurso de crimes com o tipo penal correspondente a violência e/ou grave ameaça.

No que concerne ao sujeito passivo, este pode ser o proprietário, o possuidor e o detentor. Também é sujeito passivo o terceiro que está na companhia da vítima num contexto de roubo e sofre violência e/ou grave ameaça, muito embora não seja o alvo da subtração, havendo no caso crime único.

2.6 Elemento subjetivo do tipo

O roubo próprio só é punido a título de dolo. No caso o dolo é verificado pela vontade consciente do agente em subtrair coisa alheia móvel, sendo irrelevante a intenção de obter lucro.

Há ainda no tipo penal do roubo próprio um elemento subjetivo especial, identificado por meio da expressão “para si ou para outrem”, que denota a finalidade de assenhoreamento definitivo da *res furtiva*.

2.7 Majorantes

As majorantes são causas de aumento de pena que incidem, conforme o sistema trifásico, na terceira fase da dosimetria da pena.

No que concerne ao crime de roubo, identificamos cinco majorantes, que podem aumentar a pena de um terço até metade, conforme disposição do §2º do artigo 157 do Código Penal, *verbis*:

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

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

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

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

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

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

Observa-se que a incidência de mais de uma majorante (concurso de majorantes) por si só não é capaz de alterar o *quantum* de aumento da pena, sendo necessária a devida fundamentação baseada em circunstâncias concretas.

Caso não haja a incidência de nenhuma majorante, o roubo próprio é considerado simples (*caput* do artigo 157 do Código Penal).

Ademais, não se deve confundir majorante com qualificadora. Esta altera a pena-base, configurando um novo tipo penal, que é derivado do tipo principal, motivo pelo qual não serão analisadas as qualificadoras do crime de roubo, que são previstas no artigo 157, §3 do Código Penal (lesão grave e morte), enquanto aquela apenas aumenta a pena-base do crime de roubo próprio.

2.8 Classificação doutrinária

Além das qualificações legais, a doutrina aponta algumas classificações que podem nos ajudar na compreensão do momento consumativo do delito, fruto da sistematização científica da teoria do crime, senão vejamos as principais delas que nos interessam em relação ao roubo próprio.

Trata-se de um crime *complexo*, composto pela união de dois ou mais delitos, no caso o furto (art. 155) e o constrangimento ilegal (art. 146).

Assim, como já exposto, protege mais de um bem jurídico, quais sejam, o patrimônio, a integridade física e a liberdade individual, sendo, portanto, classificado como delito *pluriofensivo*.

Outrossim, é crime *material*, pois requer para sua consumação a ocorrência de um resultado naturalístico, qual seja a efetiva subtração da coisa.

Importante registrar o malgrado esforço, sem sucesso, de alguns juristas para tornar o crime de roubo formal, dispensando assim, para efeitos de consumação, a subtração. Por esse entendimento, a consumação ocorreria no momento em que o agente utiliza-se de violência ou de grave ameaça com o fim de subtrair coisa alheia, sendo o resultado subtração uma mera

causa de aumento da pena. (SIQUEIRA, Revista dos Tribunais, vol. 677/1992, p. 317-320, Mar/1992).

É também delito *instantâneo*, pois sua consumação ocorre com uma única conduta, que não se prolonga no tempo.

Ademais, o roubo é classificado como crime de *dano*, o que significa dizer que para a sua consumação faz-se necessária a efetiva lesão aos bens jurídicos protegidos.

2.9 Ação penal e procedimento

O crime de roubo próprio, assim como as demais espécies de roubo (impróprio, qualificado pela lesão grave e latrocínio), é de ação pública incondicionada, a teor do artigo 100, *caput* e §1º do Código Penal.

Outrossim, o procedimento aplicável ao roubo é o comum ordinário, conforme determinação do artigo 394, inciso I, do Código de Processo Penal.

3 DA TENTATIVA

3.1 Origens do reconhecimento do crime em sua forma tentada

O Direito Penal da Antiguidade, conforme observam Hungria e Fragoso (1978, p. 77), era extremamente objetivo e não admitia o crime em sua forma tentada, sobretudo porque nessa época preocupava-se somente com o resultado, ou seja, com o efetivo dano material ao direito tutelado pela norma penal. Desse modo, considerando que a tentativa de um crime não gerava resultado, não havia previsão para sua punição.

O Direito romano em seu auge mudou esse paradigma e passou a punir a tentativa nos delitos considerados mais graves, ainda assim não chegou a desenvolver uma teoria geral sobre o tema.

A partir de então passou-se a desprezar a ocorrência do resultado, vigorando a máxima *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* [nos malefícios, observa-se a intenção e não o resultado]. Nesse sentido, a punição da tentativa era decorrente sobretudo da vontade de agir (*voluntas*) e não de um efetivo resultado (*exitus*).

Sob um enfoque mais subjetivo, os romanos entendiam que a exteriorização da "vontade de delinquir" justificava a punição da tentativa.

Conforme anotam Hungria e Fragoso (1978, p. 77), a *Lex Cornelia de Sicariis*, promulgada em 81 a.C, dispunha que aquele que andasse armado com a intenção de matar alguém deveria ser punido com a mesma pena daquele que praticasse um homicídio.

Apoiados pelas ideias de Ulpiano, os romanos passaram a vislumbrar uma formulação prática sobre o crime tentado, distinguindo-se o *flagitium perfectum* e o *flagitium imperfectum*, contribuindo significativamente para o desenvolvimento da noção geral da tentativa.

Já no século XII, o italiano Alberto Gandino fez as seguintes distinções: "*Qui cogitat, nec agit, nec perficit*" [Cogita, não age, não completa] "*Qui cogitat et agit, sed non perficit*" [Cogita, age, mas não completa] e "*Qui cogitat et agit et perficit*" [Cogita, age e completa].

Por sua vez, o jurista Andrea Alciato, citado por Hungria e Fragoso (1978, p. 77), esboçou uma noção geral da ideia de tentativa da seguinte forma: *Aliud crimen, aliud*

conatus; hic in itinere, illud in meta est [uma coisa é o crime e outra a tentativa; esta está no caminho, aquele na meta). Para os práticos italianos, o crime tentado em regra deveria ser punido com menos rigor se comparado ao crime consumado.

Foi a *Constitutio Criminalis Carolina*, datada de 1530, a primeira legislação a adotar uma definição genérica de tentativa, a qual era aplicada aos delitos mais graves, sobretudo os crimes de lesa-majestade.(BUSATO, 2017, p. 629).

3.2 Teorias acerca da punibilidade da tentativa

Consagrada uma noção geral de tentativa, surgiu então a necessidade de justificar racionalmente por quais motivos deveriam ser punidos aqueles atos que sequer ocasionavam efetivo dano.

Nesse sentido, várias foram as teorias que buscaram explicar esse fenômeno, as quais dividimos em objetiva, subjetiva e objetiva-subjetiva.

3.2.1 Teoria objetiva

Essa teoria é marcada pela diferenciação entre as penas dos crimes consumados e dos tentados, sobretudo porque nestes não há lesão efetiva ao direito protegido pela lei penal.

Como vimos, os práticos italianos já havia adotado um critério objetivo, mas foi somente a partir do século XVIII, com o surgimento da Escola Clássica de Direito Penal, a qual era baseada sobretudo na razão e no humanismo, que esse critério foi esmiuçado.

Inicialmente, através da *magnum opus* de Beccaria (Dos Delitos e da Penas,1764), que foi um dos célebres expoentes dessa Escola, proclama-se que a punição da tentativa deveria ser diferenciada em relação ao delito consumado.

Nesse rumo, Feuerbach, Mittermaier e Carrara foram os primeiros a desenvolver teorias de cunho objetivo, fundamentando a punição da tentativa no perigo da ação capaz de produzir um resultado. Não obstante, a inoccorrência desse resultado acarretaria uma pena atenuada em relação a do delito consumado (GARCIE, 2014, p. 71).

Em regra, os atos preparatórios não poderiam ser punidos, pois nesse momento do *iter criminis* não há perigo efetivo. Outrossim, passou-se a reconhecer ainda o instituto do crime

impossível, o qual igualmente não apresentava perigo para o interesse jurídico protegido, portanto impunível.

As teorias objetivas têm como fundamento básico o perigo concreto de lesão ao interesse jurídico protegido, divergindo seus adeptos somente quanto a definição do momento em que o direito protegido encontra-se em efetivo perigo, que geralmente é associado aos atos executórios.

Precisa é a síntese de Pacelli e Callegari (2017, p. 286) em relação as teorias objetivas:

[...] a razão jurídica da punibilidade da tentativa não está na vontade do autor, senão no perigo próximo da realização do resultado típico. A tentativa se castigaria pela elevada possibilidade da produção do injusto do resultado. Entretanto, dado que esta probabilidade só pode afirmar, em princípio, com o início da execução e unicamente quando a ação da tentativa for idônea, a teoria objetiva leva a restrição da punibilidade da tentativa frente à ação preparatória e afasta a punibilidade da tentativa absolutamente inidônea. Ademais, ao faltar o injusto do resultado, a teoria objetiva leva à atenuação penal obrigatória

O critério objetivo foi adotado pelo Código Penal brasileiro de 1940, com algumas ressalvas, que serão melhor analisadas doravante.

3.2.2 Teoria subjetiva

Ante a dificuldade das teorias objetivas em definir o momento em que surge o perigo ao interesse jurídico tutelado, assim como pela necessidade de que o direito penal alcançasse um maior número de ações humanas, surgiu na Alemanha em meados do século XIX a sistematização da máxima atribuída aos romanos antes mencionada: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*.

Surgem então as teorias subjetivas, nas quais a vontade de delinquir do agente prevalece sobre o perigo concreto da conduta para fins de justificativa da punição da tentativa. Assim, atos preparatórios não se distinguem de atos de execução, pois a vontade de delinquir em ambos é a mesma. Pelo mesmo motivo, não era reconhecida a impunibilidade do crime impossível.

O critério subjetivo foi inicialmente desenvolvido por Tittman e posteriormente foi adotado por Von Buri, responsável por introduzi-la no Tribunal do Império Alemão (*Reichsgericht*) (BRANDÃO, 2010, p. 295).

A partir do enfoque subjetivo, o referido tribunal chegou a condenar uma mulher por tentativa de aborto mesmo ela não estando grávida, considerando apenas a sua vontade de delinquir (VON LISZT, 1899, p.338).

As teorias subjetivas têm como regra basilar a “vontade inequívoca de delinquir” e o desvalor da conduta é aferido sob o prisma da vontade do agente. Assim considerando que a vontade é a mesma tanto na consumação quanto na tentativa, tende-se a equiparar a punição entre esta e aquela, ocasionando ainda a não diferenciação

entre atos preparatórios e atos executórios, bem como a punição de crimes impossíveis.

Foi a partir do enfoque extremamente subjetivo que Garafolo e outros positivistas desenvolveram a teoria sintomática, baseada sobretudo na periculosidade do agente, a qual deveria ser reprimida o quanto antes, justificando assim a punição para os atos preparatórios.

As teorias subjetivas demonstram uma extrema preocupação com a vontade do autor e, modernamente, sob o enfoque de um direito penal mínimo, baseado sobretudo no fato e não no autor, são inaceitáveis como formas de justificativa da punição da tentativa.

Ademais, para a aplicação de uma pena justa deve ser levado em conta sobretudo o desvalor do resultado e não somente da ação.

3.2.3 Teoria subjetivo-objetiva

Merece destaque ainda a teoria da impressão ou subjetivo-objetiva, que surgiu como forma de complementar as teorias subjetivas a partir de um critério minimamente objetivo, motivo pelo qual também é classificada como uma teoria subjetivo-objetiva. Dos autores mais recentes que defendem essa teoria, destaca-se Jescheck.

Brandão (2010, p. 296) afirma que é a teoria mais aceita na Alemanha e nos dá o seguinte ensinamento:

Para essa teoria, é punível a tentativa pela atuação da vontade contrária ao Direito, que é idônea para abalar a confiança dos súditos na vigência do Ordenamento Jurídico, em virtude do perigo de lesão aos multirreferidos bens jurídicos. Há, pois, o elemento objetivo, que se traduz no atuar exterior que expõe a perigo os bens protegidos pelo Ordenamento Jurídico, e o elemento subjetivo, que é a vontade do agente que conduz essa exposição a perigo.

3.3 A tentativa como minorante obrigatória

No que concerne à tentativa, nossa legislação adotou a teoria objetiva, caracterizado pela diferenciação da pena do crime tentado em relação ao consumado.

Conforme a teoria objetiva, na tentativa não há lesão efetiva ao bem jurídico protegido pela norma penal, assim o reconhecimento do crime em sua forma tentada leva à atenuação obrigatória da pena.

Outrossim, conforme exposto justifica-se a punição do crime tentado pelo perigo próximo da realização do resultado típico e conseqüente risco efetivo de lesão ao bem jurídico, que não vem a ocorrer por circunstâncias alheias a vontade do agente.

Nos termos do art. 14, inc. II do Código Penal Brasileiro, o agente deve iniciar atos de execução para que se configure o crime ao menos na sua forma tentada:

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

[...]

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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

Não obstante, a adoção da teoria objetiva, sabe-se que as regras decorrentes desta teoria não são absolutas.

É de se perceber que a legislação penal pátria permite exceções ao objetivismo, admitindo em casos excepcionais a equiparação entre a punição do crime consumado e a do crime tentado, como ocorre, por exemplo, no artigo 352 do Código Penal e no artigo 309 do Código Eleitoral, *in verbis*:

Art. 352 Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a (um) ano, além da pena correspondente à violência.

Art. 309 Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem:

Pena – reclusão até três anos.

Do mesmo modo, a regra geral oriunda da teoria objetiva é a não punição de atos preparatórios, visto que nos termos do artigo 14, inciso II do Código Penal, para o reconhecimento da tentativa há de se praticar no mínimo atos de execução.

Contudo, os crimes de associação criminosa e de petrechos para falsificação de moeda, previstos nos artigos 288 e 291, respectivamente, do Código Penal, punem atos preparatórios.

Não obstante, advertem Hungria e Fragoso (1978, p. 76) que os atos preparatórios, quando excepcionalmente punidos, só podem ser tipificados como crimes autônomos:

Se o indivíduo passa da *nuda cogitatio* aos atos preparatórios, e estes representam, em si mesmos, uma ameaça à ordem jurídica, já então a lei do Estado pode intervir, tornando punível a atuação da vontade, **mas entenda-se: punível por si mesma, e nunca por extensão da punibilidade do crime planejado**. De outro modo, estaria sendo confundido o aparelhamento de materiais para uma obra com a própria obra. [grifo nosso]

Considerando essas exceções à teoria objetiva, Greco (2010, pp. 43-44) afirma que o Código Penal de 1940 adotou uma teoria objetiva temperada, moderada ou ainda matizada.

3.4 Natureza jurídica da tentativa

É prevalente o entendimento de que a figura da tentativa trata-se de um delito incompleto. Assim sua tipicidade decorre da conjugação do tipo penal com o dispositivo que define a tentativa e prevê sua punição.

Nesse sentido, Bitencourt (2017, p. 542) afirma que na tentativa a “figura típica não se completa, mas, ainda assim, a conduta executória realizada pelo agente reveste-se do atributo da tipicidade por expressa determinação legal (norma de extensão).”

Na tentativa de roubo próprio, por exemplo, a norma incriminadora principal (tipo penal do Artigo 157 do Código Penal) é complementada pela norma incriminadora secundária ou de extensão (dispositivo sobre a tentativa, art. 14, II do CP), configurando o que a doutrina chama de adequação típica de subordinação mediata.

Desse modo, a conduta da tentativa não é de imediato típica, pois não se encaixa perfeitamente ao contido na norma incriminadora principal, contudo associada a norma incriminadora secundária ou de extensão, a conduta torna-se típica.

Não é diferente a lição de Jesus (2013, p. 375):

A tentativa (*conatus*) constitui uma ampliação temporal da figura típica. Trata-se de um dos casos de adequação típica de subordinação mediata (o outro está no concurso de agentes). A sua punibilidade se estabelece em face do disposto no art. 14, II, do CP, que tem eficácia extensiva, uma vez que por força dele é que se amplia

a proibição contida nas normas penais incriminadoras a fatos que o agente não realiza de forma completa [...]

3.5 Tentativa perfeita e imperfeita

A doutrina costuma fazer uma distinção entre tentativa perfeita e imperfeita, que na prática pode influenciar no *quantum* de diminuição da pena, que varia entre um a dois terços, conforme parágrafo único do artigo 14 do Código Penal.

Assim, na tentativa perfeita, o agente esgota todos os meios que tinha a seu alcance, contudo não chega a consumir o delito por circunstâncias alheias a sua vontade, tal como a intervenção de um terceiro, por exemplo.

Já na tentativa imperfeita, o agente não pratica todos os atos de execução, sendo interrompido durante a prática destes.

3.6 Admissibilidade da tentativa no crime de roubo próprio

Alguns crimes não admitem a figura da tentativa, como por exemplo os delitos classificados como unissubsistentes, nos quais uma única conduta do agente é capaz de consumir o delito, sendo impossível fracionar o *iter criminis*. Do mesmo modo, os crimes culposos, preterdolosos, habituais e omissivos próprios.

Contudo, o crime de roubo próprio, como vimos no capítulo específico, é classificado como plurissubsistente, instantâneo e só admite a figura dolosa, sendo, portanto perfeitamente admissível a figura da tentativa, quando o agente inicia atos de execução e por circunstâncias alheias a sua vontade, não consuma o delito.

Desse modo, para a delimitação de hipóteses de crime de roubo próprio tentado, faz-se necessário o estudo do *iter criminis*, buscando identificar quando exatamente ocorre os atos de execução.

4. DO *ITER CRIMINIS*

De forma genérica e sucinta pode-se definir o *iter criminis* como sendo o processo pelo qual o crime, em sentido *lato*, perpassa, iniciando-se no plano interno do agente para em seguida entrar no plano externo e culminar na realização do tipo penal.

Assim, cumpre destacar que o *iter criminis* é composto por momentos distintos, quais sejam cogitação, atos preparatórios, atos de execução, consumação e exaurimento. Analisaremos cada uma dessas fases a seguir.

4.1. Cogitação

A cogitação é o mero pensamento, pertence ao mundo das ideias, ao plano interno do agente, ocorrendo apenas em sua mente. Ulpiano já proclamava a impunibilidade da cogitação através da regra *Cogitationis poenam nemo patitur* [em tradução livre: ninguém poderá ser punido por pensar em delinquir].

Conforme o ensinamento de Costa Junior (1989, p.35) “esta fase interior poderá interessar aos psicanalistas, pela luta interior das motivações anticriminógenas a se oporem aos impulsos criminógenos. Ou então aos teólogos. Jamais aos penalistas.”

4.2 Atos preparatórios x Atos executórios

Ao externar seu pensamento em busca de cometer um delito, o agente entra na fase dos atos preparatórios, todavia, conforme exposto, tais atos em regra são impuníveis. Pelo direito penal brasileiro, só podemos considerar um crime iniciado, ao menos em sua forma tentado, quando o agente inicia a fase dos atos de execução, conforme determinação do art. 14, II do Código Penal brasileiro.

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

[...]

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Percebe-se assim que a passagem de ato preparatório para ato executório é o marco da tipicidade e é a partir dele que se inicia a tentativa. Portanto, importantíssima é a distinção entre essas fases do *iter criminis*.

Pelo critério objetivo-formal, desenvolvido por Beling, delimita-se o ato executório com base no verbo nuclear do tipo penal.

Na precisão lição de Hungria e Fragoso (1978, p. 83):

Dentro do tipo legal do crime há um núcleo constituído pelo conjunto de atos que realiza o verbo ativo principal do tipo; mas há uma zona (zona periférica), mais ou menos extensa, que está fora do "núcleo": todo o primeiro grupo de atos, isto é, todos os que estão dentro do "núcleo" são atos de execução, e todos os que estão fora dele são preparatórios (Beling).

Críticos desse entendimento, Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 627) afirmam que “este critério, como se pode observar sem muito esforço, a partir do seu próprio enunciado, resulta demasiadamente estreito, para abarcar todas as hipóteses que o bom critério nos indica serem verdadeiramente atos executivos”.

Já o enfoque objetivo-material é um complemento ao formal, alargando as possibilidades de configuração de um ato de execução. Assim, diferencia-se começo de execução do crime e começo de execução da ação típica.

R. Frank foi um dos primeiros a desenvolver essa ideia através da seguinte definição de ato de execução: “[...] toda atividade que em virtude de seu necessário pertencimento à ação típica, apareça, para a concepção natural, como sua parte integrante” (*apud* BUSATO, 2017, p. 634).

Ocorre que a tese de Frank é postulada através de um juízo naturalístico, baseando-se em um critério vago e subjetivo de “natural concepção”.

Para consertar essa impropriedade do critério material, modernamente passou-se a considerar para fins de identificação do ato de execução, o plano individual do autor. Nesse sentido desenvolveu-se o critério objetivo-individual, defendido por Zaffaroni (2015, p. 627).

O referido doutrinador cita a definição de Welzel, o qual afirma que “a tentativa começa com a atividade com que o autor, segundo seu plano delitivo, imediatamente aproxima-se da realização do plano delitivo”. No mesmo sentido Stratenwerth: “há tentativa em toda atividade que, julgada sobre a base do plano concreto do autor, mostra-se, de acordo a uma concepção natural, como parte integrante de uma ação executiva típica imediatamente aproxima-se da realização do plano delitivo” (*apud* ZAFFARONI e PIERANGELI 2015, pp. 627).

A diferença entre o critério objetivo-material e o objetivo-individual consiste justamente no plano do autor. No primeiro, o ato de execução é verificado a partir da ótica de um terceiro observador, enquanto no segundo essa análise é feita a partir do plano concreto do autor.

Desse modo, urge destacar que não havendo prova inequívoca sobre o “plano criminoso do autor”, imperiosamente decide-se sempre *pro reo*, ou seja, na dúvida prevalece a não-configuração do ato executório, mas sim mero ato preparatório, portanto, em regra impunível.

4.3 Consumação x Exaurimento

Segunda a definição adotada pelo Código Penal pátrio, é consumado o crime “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal” (artigo. 14, I).

Em outras palavras, o crime estará consumado quando o tipo penal estiver integralmente realizado. Não obstante, adverte Noronha (1984, p.132) que “a integralidade deste não importa a exaustão, pois ele é perfeito, embora não tenha sido levado a suas últimas consequências.”

As últimas consequências a que o referido doutrinador se refere é justamente o exaurimento. Este não faz parte do tipo incriminador, sendo mera consequência.

Nesse sentido, afirma é a lição esclarecedora de Bitencourt (2015, p. 541):

Não se confunde a consumação com o crime exaurido, pois neste, após a consumação, outros resultados lesivos ocorrem. Embora não seja a regra, em alguns crimes o exaurimento não ocorre simultaneamente com a consumação. Com efeito, o crime pode estar consumado e dele ainda não haver resultado todo o dano que o agente previra e visara, e que a própria tipificação proíbe. Assim, a corrupção passiva, que se consuma com a solicitação, exaure-se com o recebimento da vantagem indevida; o crime de extorsão mediante sequestro consuma-se com o arrebatamento da vítima e exaure-se com o recebimento do resgate etc. No entanto, o iter criminis [...] encerra-se com a consumação, que, nem sempre, repetindo, coincide com o exaurimento.

No caso específico do roubo, portanto, a integralização do tipo penal ocorre com a subtração da coisa, mediante violência e/ou grave ameaça, sendo que o eventual lucro que o agente venha a obter com *res furtiva* é mero exaurimento.

4.4. Hipóteses de roubo próprio tentado

O critério objetivo-individual, ora adotado, apesar de não ser pacificamente aceito na doutrina, reflete maior proximidade com a realidade sem desprezar o aspecto garantista, dispensando-se assim para a configuração dos atos de execução a prática do verbo nuclear do tipo penal, bastando a prática de um ato que se aproxime imediatamente da realização do tipo penal sob a ótica do próprio autor do crime.

Feitas essas considerações, vejamos o seguinte exemplo: Tício, disposto a praticar um roubo, adentra em determinado estabelecimento comercial com uma arma de fogo na cintura, mas antes de anunciar o assalto é detido pelos seguranças. Apresentado à autoridade policial, Tício confessa por livre e espontânea vontade que sua intenção era a prática do roubo.

Pergunta-se: Houve tentativa de roubo próprio (início de atos de execução) ou mero ato preparatório?

Sob o enfoque objetivo-individual, houve tentativa de roubo, considerando que Tício deu início aos atos de execução, pois tinha a intenção de praticar o roubo e se aproximou da realização do tipo penal, não consumando o delito por circunstância alheia a sua vontade, qual seja, a intervenção dos seguranças.

Do mesmo modo, é de se reconhecer a tentativa no caso em que Mévio, disposto a praticar um roubo, utiliza-se de violência e grave ameaça, mas não chega a iniciar a subtração e sequer faz o anúncio do assalto, considerando que ele foi detido imediatamente.

Agora vejamos o seguinte exemplo: Caio, mediante violência e grave ameaça, anuncia o assalto e retira o aparelho celular da mão da vítima, empreendendo fuga do local, contudo é preso logo em seguida após perseguição ininterrupta da própria pessoa ofendida.

Indaga-se: houve tentativa de roubo próprio ou o tipo penal foi integralizado com a efetiva subtração da *res furtiva*, configurando a hipótese de roubo próprio consumado?

Trata-se de uma questão bastante controversa que será melhor analisada, assim como outras situações práticas, no próximo capítulo, no qual busca delimitar as hipóteses do crime de roubo próprio consumado.

5. O MOMENTO CONSUMATIVO DO CRIME DE ROUBO PRÓPRIO

Como vimos no capítulo específico, o roubo próprio é um crime de dano, exigindo para sua consumação a ocorrência de uma efetiva lesão aos bens jurídicos protegidos.

Nesse sentido, os bens jurídicos protegidos pelo tipo penal do roubo são o patrimônio e a incolumidade física. Portanto, para sua consumação exige-se que estes dois bens jurídicos sejam integralmente atingidos.

Quanto a incolumidade física, não é necessário muito esforço para concluir que ocorre a sua efetiva lesão no exato momento em que o sujeito ativo empregada a violência ou a grave ameaça.

Contudo, o grande debate gira em torno do momento da efetiva lesão patrimonial. Quando podemos afirmar que houve a efetiva lesão patrimonial no crime de roubo próprio ou ainda quando podemos assegurar que houve a efetiva subtração da coisa?

5.1 Teorias clássicas

Para buscarmos determinar o momento consumativo do crime de roubo próprio faz-se necessário primeiro compreender as teorias clássicas que buscaram definir o momento consumativo do crime de furto a partir do Direito romano.

A origem das teorias clássicas remonta a interpretação da palavra *contrectatio*, que definia a ação de furtar no Direito romano, conforme dispunha uma das principais *compilações de textos clássicos da jurisprudência romana*, o *Digesto*, mais precisamente em seu livro XLVII, título 2, fragmento 1, parágrafo 3, *in verbis: Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere.*

Desse modo, conforme bem observa o penalista argentino Soler (1992, p. 183) havia interpretações discrepantes acerca do real significado da palavra *contrectatio*, sendo todas estas perspectivas derivadas da teoria da posse do Direito romano.

Fragoso (1976, p. 295-296), por exemplo, longe de defender essa tese, afirma que *contrectatio* significava para os romanos tocar com as mãos, concluindo-se que para a

configuração do crime de furto no Direito romano bastava que o sujeito ativo tocasse na *res furtiva*.

É de se recordar que no Direito romano não havia a formulação de uma noção geral sobre a tentativa, por isso a necessidade de “antecipar” o momento consumativo do furto não é uma ideia tão absurda.

Observa-se que há uma certa conformidade por parte de alguns doutrinadores em afirmar que a *contrectatio* dos romanos significa o simples toque com as mãos.

Contudo, longe do consenso, Dutra (1955, p. 63) observa que

grande dissidência reina entre os escritores com respeito à *contrectatio*. BONIFÁCIO diz que a palavra *contrectatio* deriva de *contrahere*: trazer a si. ORTOLAN a tem por tocamento. HEUMANN, por tocamento material (*körperliches Berühren*). MAYNZ, com certo elastério, a traduz por tirar para si.

Por sua vez, Carrara (1869) afirmava que a essência da *contrectatio* no Direito Romano era a remoção da coisa do lugar onde seu possuidor havia colocado e não o simples toque. O doutrinador italiano foi um dos defensores da teoria da *amotio*, na qual o momento consumativo do furto era caracterizado inicialmente pela *apprehensio rei* seguida da *amotio de loco ad locum*, ou seja, a captação material do objeto e posterior deslocamento do local em que se encontrava, assim, por exemplo, se o ladrão entra uma casa e retira objetos de dentro do armário com a intenção de furtá-los, o furto já estará consumado (*apud* DUTRA, 1955, p. 66; COSTA, 1986, 356; DONNA, 2001, p 24).

Em seu clássico *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Carrara afirmava que o furto era tido como crime formal, considerando que a frustração do locupletamento do agente não obstava a consumação do crime. Contudo, observa o autor que esse argumento era incorreto, pois confundia-se o objetivo do agente com o efeito consumativo, justificando assim que a *contrectatio* significava para os romanos o ato de mover a coisa de um lugar para o outro (*amotio*), apesar do furto ser considerado um “crime formal”, afastando assim a tese do toque da coisa (*attrectatio*) (*apud* DUTRA, 1955, 65-66).

Por outro lado, Pessina (1882) foi um dos principais defensores da teoria da *ablatio*, a qual reputava o furto consumado no momento em que a *res furtiva* era transportada para outro local (*terminus ad quem*), fora da esfera de custódia do seu possuidor. Assim, o referido autor afirmava que a esfera de custódia ou de atividade do possuidor variava de acordo com o caso

concreto. Nesse sentido, o referido autor menciona os seguintes exemplos: se um ladrão adentra em uma casa para praticar um furto, este só estará consumado no momento em que o larápio sair da residência com a *res furtiva*. Já no caso do ladrão que mora na mesma casa da vítima, mas em habitação distinta, a consumação ocorre quando a coisa é levada para fora da habitação em que reside a vítima. Por fim, se ambos moram na mesma habitação, a consumação opera-se quando a coisa é retirado do domínio da vítima e levada para qualquer outra parte. (apud SOLER, 1992, p. 185).

Por fim, ainda podemos citar a teoria da *illatio*, que exige para a consumação do furto a remoção da *res furtiva* para um local em que o ladrão repete como seguro.

É de se perceber que a teoria da *illatio* confunde o desejo do ladrão com o momento consumativo. No crime de furto, assim como no de roubo, conforme sobejamente exposto, a normal penal busca proteger o patrimônio da vítima, sendo a reprimenda decorrente da violação da posse e não do sucesso da empreitada criminosa, como exige esta teoria.

Assim, modernamente encontra-se relevância doutrinária nas teorias da *amotio* e da *ablatio*, sendo as demais apenas de interesse histórico.

5.2 Teorias modernas desenvolvidas pela doutrina alienígena

A partir das teorias clássicas, a doutrina passou a desenvolver novos conceitos para caracterizar o momento consumativo dos crimes de furto e de roubo.

Giuriati (1913), influenciado pelos ensinamentos de Pessina, passou a adotar o critério do apossamento, levando em conta sobretudo o momento em que o ladrão obtêm a posse do bem. Assim para a consumação do furto e do roubo, o sujeito ativo deveria retirar a *res furtiva* da posse do seu titular, ressaltando ainda a necessidade de que a coisa estivesse fora da esfera de custódia do seu legítimo possuidor (apud DONNA, 2001, p. 27).

O critério do apossamento foi desenvolvido na Itália, onde o furto e o roubo são caracterizados pelos apossamento da coisa pelo ladrão mediante subtração (arts. 624 e 628 do atual Código Penal Italiano: “*Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene*”). Nesse sentido, a ação material do furto e do roubo compreende a tirada da coisa, o desapossamento do seu titular e o conseqüente apossamento do ladrão.

Manzini (1952, p. 167) afirmava que o desapossamento ocorre quando o ladrão, após subtrair a coisa do detentor, a faz passar para a sua própria detenção de forma definitiva ou por um tempo juridicamente considerável.

Na Argentina, o furto e o roubo são caracterizados pela ação de *apoderarse* (artigos 162 e 164, respectivamente, do Código Penal Argentino). Assim, o penalista argentino Soler (1992, p. 193) ensina que *apoderarse* não significa para o ladrão somente tirar o poder da vítima sobre a coisa, deve-se exigir que ele transfira o poder para si.

Desenvolvendo a noção do apoderamento no Direito Penal argentino, Donna (2001, p. 30) afirma que o sujeito ativo deve ter a efetiva disponibilidade da coisa para que haja a consumação do furto ou do roubo, não havendo esta disponibilidade quando o ladrão é imediatamente perseguido e preso.

No Direito Penal francês, o furto e o roubo são identificados pela ação de subtrair (*soustraction*, artigo 311-1 do atual Código Penal Francês) e conforme os ensinamentos de Garraud acerca da interpretação da lei penal francesa, a subtração não é sinônimo de detenção, é necessário para a sua ocorrência a exclusão da posse do dono, substituída pela do ladrão (*apud* HUNGRIA, 1967, p. 28).

5.3 Posição da doutrina pátria

No Brasil, apesar do tipo penal do roubo não exigir expressamente o apossamento do ladrão ou o desapossamento da vítima, a doutrina majoritária entende ainda assim que deve haver a inversão da posse da *res furtiva*, por tratar-se de crime material. A discussão gira em torno de qual momento ocorre a inversão da posse.

Há uma primeira corrente que defende que o roubo próprio está consumado no momento em que ocorre a subtração do bem mediante violência ou grave ameaça, dispensando outros requisitos. A segunda corrente exige determinadas condições além da pura e simples subtração, como, por exemplo, que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima ou que o agente tenha a posse pacífica da *res furtiva*.

Para a compreensão da problemática vale reproduzir o ensinamento de Noronha (1976, p. 235), que diga-se de passagem é adepto da segunda corrente:

Poder-se-á dizer consumado o furto [o mesmo vale para o roubo] do agente que, já pressentido pelo dono subtrai a coisa, e, perseguido, põe-se a correr, sendo preso por

ele mais adiante? Não se consumou o crime, porque faltou o evento jurídico buscado pelo ladrão: ele não teve a posse da coisa, que por certo, não é aquela mera detenção momentânea ou instantânea, sob a reação do dono que o persegue. Não há negar que o objeto material não saiu da esfera de vigilância do ofendido, sem o que não haverá consumação.

No mesmo sentido é a lição de Fragoso (1976, p. 321) “Haverá tentativa quando, após a violência ou a ameaça, não consegue o agente, por razões alheias à sua vontade, tirar a coisa da esfera de vigilância do proprietário ou possuidor” O referido autor ainda acrescenta que “Há tentativa também se o agente tira a coisa, sendo, no entanto, perseguido e preso.”

Hungria (1967, p. 25) vai mais além e exige que o ladrão tenha a posse tranquila da *res furtiva*, ainda que momentânea. Merece destaque o seguinte trecho de seus argumentos:

Afirmam uns que surge a posse do ladrão quando este consegue afastar-se da esfera de atividade patrimonial, de custódia, ou de vigilância do *dominus*, ainda que, perseguido, venha a ser imediatamente despojado. Opinam outro, entretanto, que é necessário estabelecer-se um estado tranquilo, embora transitório, de detenção da coisa por parte do agente. Inclino-me, decididamente, por esta última solução. Penso, aliás, que é a única aceitável perante o nosso direito positivo. O furto [assim como o roubo] não se pode dizer consumado senão quando a custódia ou vigilância, direta ou indiretamente exercida pelo proprietário, tenha sido totalmente iludida. Se o ladrão é encaçado, ato seguido à *apprehensio* da coisa e vem a ser privado desta, pela força ou por desistência involuntária, não importa que isto ocorra quando já fora da esfera de atividade patrimonial do proprietário: o furto deixou de se consumir, não passando da fase de tentativa. Não foi completamente frustrada a posse ou vigilância do dono. Não chegou este a perder, de todo, a possibilidade de contato material com a *res* ou de exercício do seu poder de disposição sobre ela. A sua propriedade sofreu perigo, mas não propriamente uma efetiva lesão: a sua posse, como exercício da propriedade foi perturbada, mas não definitivamente suprimida. Poder-se-ia falar em perigo de dano, mas não em dano real ou concreto. (...) Entendo aconselhável o seguinte critério de orientação: para que se reconheça consumado o furto [e o roubo], é de mister que o *dominus* (ou alguém por ele, em sua defesa) já não possa legitimamente exercer violência contra o ladrão para recuperar a coisa. Enquanto viável e legítima a retomada da coisa pelo dono (ou terceiro) ex próprio Marte, o furto [e o roubo] está ainda em fase de execução ou tentativa. A violência empregada para retomar a *res furtiva* só é legítima (legítima defesa) quando o ladrão ainda se acha na órbita de atividade patrimonial ou de vigilância do proprietário, ou quando já fora desta, é ininterruptamente perseguido por ele.

Desse modo, o critério da posse pacífica determina o momento consumativo dos crimes de furto e de roubo próprio a partir do momento em que a vítima já não pode mais exercer atos de legítima defesa para recuperar a *res furtiva*. Esse é o critério igualmente defendido por Costa Junior (1989, p. 285), Delmanto (2007, p.453), Greco (2012, p. 65), Prado (2013, p. 453), Batista (2014, p. 220), dentre outros.

A grande crítica que geralmente se observa contra esse entendimento é exemplificada nos casos em que o ladrão destrói a coisa durante a perseguição e gera efetivo dano

patrimonial para a vítima, mesmo não estando na posse pacífica, há de se admitir que nesse caso o resultado naturalístico efetivamente ocorreu, ainda que não tenha havido a posse pacífica da *res*.

Na verdade a referida crítica é um verdadeiro sofisma, pois o critério da posse pacífica é aplicável em determinados casos limites, buscando determinar-se o exato momento da efetiva lesão patrimonial. No caso do ladrão que destrói a coisa, não há dúvidas que houve efetivo dano patrimonial no momento em que ele destrói a coisa.

Nesse sentido, o próprio Hungria (1967, p.28) esclarece que

o que decide é a cessação da possibilidade prática do exercício do direito do *dominus* sobre a coisa. Suponha-se que o ladrão, em fuga e perseguido, atire de si a *res furtiva*, que vai cair em lugar inacessível à recuperação dela.: o furto (*o mesmo vale para o roubo*) consumou-se, porque se efetuou a diminuição patrimonial do proprietário (...). (*grifo nosso*)

Alguns autores como Nucci e Bitencourt fazem certa confusão acerca do critério da posse pacífica da *res*. Em determinado momento o defendem quando da aplicação no crime de furto, em outro o rechaçam no que concerne ao crime de roubo próprio, muito embora ambos os delitos sejam constituídos pelo mesmo verbo nuclear, qual seja, subtrair.

Não obstante, os dois autores retromencionados concordam que em caso de imediata perseguição e recuperação da *res furtiva*, não há falar-se em roubo consumado, visto ser necessária que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima.

Nesse sentido “haverá apenas tentativa de roubo próprio, quando o agente, por exemplo, após praticada a violência contra a vítima, é imediatamente perseguido, preso e a coisa é recuperada pela vítima (...)”. (BITENCOURT, 2017, p. 129)

Do mesmo modo “Simplesmente tocar no bem não nos parece suficiente; retirá-lo das mãos da vítima, mas ser preso na frente desta, sem que o bem fuja ao controle de seu proprietário ou possuidor, também não. Em nossa visão, torna-se indispensável a inversão da posse, retirando a coisa da esfera de vigilância da vítima”. (NUCCI, 2017, p. 969)

Em sentido contrário, Capez (2017, p. 469) afirma que não é necessário que o *res furtiva* saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que a coisa saia da esfera de disponibilidade de seu possuidor, para tanto exemplifica da seguinte forma:

Agente que depois de apontar uma arma na cabeça da vítima se apodera de sua carteira. O crime se consuma nesse instante, ou seja, com o apoderamento do bem, pois nesse momento a posse do agente substitui a da vítima, já não tendo esta o poder de disponibilidade sobre o bem. Ainda que venha a perseguir continuamente o agente e consiga recuperar a *res*, já houve a anterior espoliação da posse ou propriedade da vítima.

O entendimento sobre a consumação do roubo com a simples perda da disponibilidade da *res furtiva* é defendido também por Teles: “A consumação do roubo próprio ocorre, como no furto, quando a coisa sai da esfera de disponibilidade da vítima, ingressando na do agente” (2004, p. 372). Ao discorrer acerca do furto, o referido autor é categórico e afirma que “quando o agente é perseguido até mesmo pela própria vítima, sendo a coisa recuperada, haverá crime consumado.” (*idem*, p. 351).

Por sua vez, Jesus (1999, p. 339) afirma que o “roubo próprio atinge a consumação nos mesmos moldes do crime de furto, i.e., quando o sujeito consegue retirar o objeto material da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que não haja posse tranquila”.

Ocorre que o referido autor parece tratar esfera de disponibilidade como equivalente a esfera de vigilância quando discorre acerca do furto, o qual segundo Jesus (*idem*, p. 305-306)

atinge a consumação no momento em que o objeto material é retirado da esfera de posse e disponibilidade do sujeito passivo, ingressando na livre disponibilidade do autor, ainda que este não obtenha a posse tranquila. (...) A tentativa é admissível. Ocorre sempre que o sujeito ativo não consegue, por circunstâncias alheias à sua vontade, retirar o objeto material da esfera de proteção e vigilância da vítima, submetendo-a à sua própria disponibilidade.

5.4 Hipóteses de roubo próprio consumado

Feitas as considerações doutrinárias, passemos agora a delimitar o momento consumativo do crime de roubo próprio.

Primeiramente há de se destacar que o critério da posse mansa e pacífica, brilhantemente defendido por Nelson Hungria, parece confundir o sucesso da empreitada criminosa com o momento consumativo do crime.

Já o critério que entende o roubo próprio consumado no momento em que o sujeito ativo subtrai a *res furtiva* mediante violência ou grave ameaça, não se exigindo nada mais além disso, é incompatível com o nosso Direito Penal, sobretudo porque nesses casos o bem jurídico não foi efetivamente atingido, não houve efetiva lesão patrimonial, portanto não houve consumação.

O critério mais indicado, portanto, é o da saída da coisa da esfera de vigilância da vítima, no qual há a efetiva lesão patrimonial e não se confunde o objetivo do ladrão com a consumação.

Desse modo, vejamos os seguintes casos práticos:

Caso 1: Francisco, objetivando subtrair determinada importância em dinheiro que encontra-se no cofre da casa de determinada vítima, é preso em flagrante delito pela polícia no interior da residência quando ainda ameaçava a vítima de morte com uma arma de fogo para que ela revelasse o segredo do cofre. Após revista pessoal em Francisco, a polícia encontrou em seu bolso o aparelho celular da vítima, que havia sido tomado dela, mediante violência e grave ameaça, momentos antes.

Caso 2: Jonas aborda determinada vítima em uma parada de ônibus e exige dela, mediante violência e grave ameaça, a entrega do celular e da carteira, ocasião em que a vítima lhe entrega primeiramente o celular, momento em que Jonas o coloca no bolso, mas antes da vítima entregar a carteira, policiais que passavam pelo local conseguem prendê-lo em flagrante delito

Caso 3: Severino, utilizando-se de violência e grave ameaça, subtrai o cordão de ouro de determinada vítima, ocasião em que é imediatamente perseguido pela própria pessoa ofendida, que consegue deter o ladrão e recuperar seu patrimônio.

Caso 4: Antônio, utilizando-se de violência e grave ameaça, subtrai carteira de determinada vítima, ocasião em que empreende fuga do local, mas ao virar a esquina, já fora do alcance de visão da vítima, é detido pela polícia.

Caso 5: Lucas, utilizando-se de violência e grave ameaça, subtrai o aparelho celular de determinada vítima, ocasião em que é imediatamente perseguido pela própria pessoa ofendida, momento em que o ladrão atira o celular contra o chão, danificando e inutilizando-o, gerando efetivo prejuízo patrimonial para a vítima.

Caso 6: Maurício e Ricardo, utilizando-se de violência e grave ameaça, subtraem a bolsa de determinada vítima e empreendem fuga do local. Momentos depois, a polícia realiza diligências e consegue localizar os ladrões na posse da *res furtiva* na casa de um deles, quando dividiam o produto do roubo.

Da análise dos casos práticos acima propostos, percebe-se que nos casos 1, 2 e 3, apesar da vítima ter perdido a disponibilidade momentânea da *res furtiva*, esta não saiu da esfera de vigilância da pessoa ofendida, motivo pelo qual reputa-se que não houve a consumação do crime de roubo próprio.

No caso 4, a *res furtiva* igualmente não saiu da esfera de vigilância da vítima, contudo o crime de roubo próprio está consumado, pois houve a efetiva lesão patrimonial.

No caso 5, a *res furtiva* saiu da esfera de vigilância da vítima, sendo prescindível a posse mansa e tranquila da coisa pelo ladrão, trata-se, portanto, de roubo próprio consumado.

Por derradeiro, no caso 6, além da coisa ter saído da esfera de vigilância da vítima, houve a posse mansa e tranquila, por tanto, indubitavelmente, houve a consumação do crime de roubo próprio.

6 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

6.1 Jurisprudência acerca do início dos atos de execução do crime de roubo próprio

É pacífico o entendimento nos tribunais superiores de que o emprego de violência ou grave ameaça com o fim de subtração de coisa alheia móvel constitui início de execução do crime de roubo próprio e por tratar-se de crime complexo, ainda que a vítima não possua nenhum pertence a ser subtraído há tentativa e não crime impossível.

Nesse sentido confira-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONDENACÃO POR CRIME DE ROUBO TENTADO. IMPETRAÇÃO QUE OBJETIVA A CONFIGURAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL, POR NÃO TER HAVIDO APROPRIAÇÃO DO BEM. A inexistência de objeto de valor em poder da vítima não descaracteriza a figura típica prevista no art. 157 do Código Penal, porquanto o roubo é modalidade de crime complexo, cuja primeira ação - a violência ou grave ameaça - constitui início de execução. Habeas corpus indeferido. (HC 78700, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 16/03/1998, DJ 14-05-1999 PP-00004 EMEkjuNT VOL-01950-02 PP-00327)

Habeas corpus. 2. Roubo tentado. Crime impossível diante da inexistência de objeto de valor em poder da vítima. Impossibilidade. Crime complexo, cujo início da execução se materializa com a prática da violência ou da grave ameaça. 3. Estupro e atentado violento ao pudor perpetrados em suas formas simples. Crimes hediondos. 4. Superveniência da Lei n. 12.015/2009. Retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL). Continuidade delitiva. Possibilidade. 5. Ordem concedida de ofício para que o Juízo de origem proceda ao redimensionamento das penas. (HC 99808, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-03 PP-00514 RT v. 100, n. 903, 2011, p. 456-461)

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. EXECUÇÃO INICIADA, E NÃO LEVADA À TERMO POR CIRCUNSTÂNCIA ALHEIA À VONTADE DO AGENTE. INOCORRÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL. PRECEDENTE DO STF. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Iniciada a execução do crime de roubo, através do exercício da grave ameaça, e não tendo a empreitada se consumado por circunstância alheia à vontade do agente responde este pela tentativa de roubo. Precedente do STF. Hipótese em que o agente não conseguiu consumir o roubo pelo fato de a vítima não trazer nenhuma importância em dinheiro, praticando, contudo, atos idôneos de começo de execução (grave ameaça). Inocorrência de crime impossível. Recurso conhecido e desprovido. (REsp 474.368/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2003, DJ 25/08/2003, p. 358)

RECURSO ESPECIAL. ROUBO. SUBTRAÇÃO NÃO CONSUMADA PELA INEXISTÊNCIA DE OBJETO MATERIAL. CRIME IMPOSSÍVEL. TENTATIVA. RECURSO PROVIDO. 1. Na lição de Nelson Hungria, o delito de roubo "é crime complexo, isto é, crime que, embora juridicamente uno, apresenta na sua estrutura como essencialia ou circunstâncias qualificativas, em relação de meio a fim, fatos vários, que, em si mesmos, constituem crimes. No seu tipo fundamental, o roubo encerra, fundidos em unidade jurídica, o furto (que é o crime-fim), o constrangimento ilegal e a lesão corporal leve (ou a contravenção de vias de fato,

que, por sua vez, é absorvida pelo constrangimento ilegal), chamados crimes famulativos." (in Comentários ao Código Penal, p. 57). 2. E, no roubo próprio, tipificado no artigo 157, caput, do Código Penal, só consumado o crime-meio, é de se afirmar a tentativa, salvo quando a redução patrimonial resta excluída pela absoluta impropriedade do objeto. 3. Na compreensão do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, havendo, em casos tais, início de execução do delito complexo com a consumação do crime-meio, faz-se irrelevante a discussão acerca da impropriedade ou não do objeto material da subtração, para fins de caracterização da tentativa. 4. Recurso provido. (REsp 306.739/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2003, DJ 15/12/2003, p. 411)

Por outro lado, vem ganhando força nos Tribunais Estaduais o critério objetivo-individual, o que na prática torna desnecessário que o sujeito ativo cometa atos de violência ou grave ameaça para que dê inícios aos atos execução do crime de roubo próprio, desde que devidamente comprovado o plano concreto do autor.

Nessa perspectiva, destaca-se exemplificativamente as seguintes decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça do Ceará que adotaram a referida teoria em julgamento de casos de roubo e outros crimes:

ROUBO – materialidade - comprovação pela prova oral - autoria comprovada - declarações da vítima e depoimento dos policiais - validade. CAUSAS DE AUMENTO - concurso de agentes - comprovado pela prova oral - emprego de arma - armas de fogo devidamente apreendidas e periciadas. TENTATIVA - não se tratou apenas de atos preparatórios - ingresso no imóvel da vítima - início da execução - o crime não foi consumado por circunstâncias alheias a vontade do apelante e de seus comparsas, ante a chegada da polícia - não ocorrência de desistência voluntária - adoção da teoria objetivo individual para caracterização da tentativa - materialidade e autoria decorrentes da prova oral - apelante que juntamente com os comparsas trocou tiros com a polícia. PENAS - mantidas as restritivas de liberdade e corrigida a pena pecuniária - provimento parcial para este e outro fim. REGIME - fechado personalidade perigosa e voltada para a prática de crimes - manutenção. JUSTIÇA GRATUITA – impossibilidade - inexistência de declaração do apelante no sentido de não ter condições de arcar com as custas processuais sem o prejuízo próprio ou de sua família artigo 4º, §1º, da Lei 1.060/50 improvemento. (TJSP; Apelação 9000132-64.2011.8.26.0309; Relator (a):Lauro Mens de Mello; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jundiá -3ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 18/12/2012; Data de Registro: 07/02/2013) (grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - ATOS PREPARATÓRIOS - ADOÇÃO DA TEORIA OBJETIVA-INDIVIDUAL - PLANO INDIVIDUAL DO AUTOR DA CONDUTA - INÍCIO DE EXECUÇÃO - IMPROVIMENTO DO APELO. A teoria objetiva-individual entende que o "começo de execução do delito" não é o "começo de execução da ação típica", já que o começo de execução do delito abarca aqueles atos que, conforme o plano do autor, são imediatamente anteriores ao começo de execução da ação típica. Melhor dizendo, quando o bem jurídico protegido pela norma fica exposto ao risco. Esta teoria, já adotada neste Eg. TJDF, aplica-se perfeitamente à hipótese em que o réu confessa que ele e seu comparsa tinham a intenção de furtar a casa da vítima e só não alcançaram seu intento porque a própria vítima os surpreendeu dentro da sala de sua casa. (TJDFT - Acórdão n.318516, 20040710198667APR, Relator: EDSON

ALFREDO SMANIOTTO, Revisor: MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 07/07/2008, Publicado no DJE: 15/10/2008. Pág.: 112)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO TENTADO - ABSOLVIÇÃO - ALEGAÇÃO DE QUE O ACUSADO REALIZOU APENAS ATOS PREPARATÓRIOS - NÃO ACOLHIMENTO - ADOÇÃO DA TEORIA OBJETIVO-INDIVIDUAL - COMPROVAÇÃO DE PRÁTICA DE ATOS EXECUTÓRIOS, CONFORME O PLANO CONCRETO DO AUTOR - RECONHECIMENTO DA TENTATIVA DE FURTO MANTIDO - QUALIFICADORA RELATIVA À ESCALADA - DECOTE - IMPOSSIBILIDADE - CONFISSÃO DO ACUSADO ALIADA À PROVA TESTEMUNHAL A ATESTAR SUA OCORRÊNCIA - PENA BASE - REDUÇÃO -VIABILIDADE - TENTATIVA - FRAÇÃO MÁXIMA - IMPOSSIBILIDADE - "ITER CRIMINIS" RAZOAVELMENTE PERCORRIDO - MANUTENÇÃO DA FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.- A teoria objetivo-material, apesar de ser o ponto de partida para identificação dos atos executórios, restringe por demais o campo de incidência da tentativa, podendo gerar situações de indevida impunidade. - Mediante a adoção da teoria objetivo-individual, considera-se atos executórios não só os que iniciam a prática do núcleo do tipo, mas também os imediatamente anteriores, conforme o plano concreto do autor. - Comprovado que o plano concreto do autor era invadir a residência da vítima para cometer o crime de furto, é certo que a entrada do agente no imóvel de propriedade da ofendida configura ato imediatamente anterior à prática da subtração, a ultrapassar a mera preparação, já tendo o acusado iniciado a fase de execução de seu plano criminoso. (...) (TJMG - Apelação Criminal 1.0433.14.015136-9/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/08/2017, publicação da súmula em 21/08/2017)

EMENTA: PENAL – PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E PELA SURPRESA – PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL DE ORIGEM, POR FALTA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA – IMPROCEDÊNCIA – EXORDIAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – SITUAÇÃO FÁTICA DESCRITA NA DENÚNCIA, COM LASTRO NO INQUÉRITO POLICIAL, QUE NÃO PERMITE AFASTAR, NESSE MOMENTO PROCESSUAL, A POSSIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO DOS PACIENTES NA CONSECUÇÃO DO CRIME IMPUTADO – APLICAÇÃO DA TEORIA OBJETIVO-INDIVIDUAL QUANTO AOS MARCOS QUE DIVISAM OS ATOS PREPARATÓRIOS DO INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME – NÃO VERIFICAÇÃO NA ESPÉCIE DE QUALQUER DAS HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE JUSTIFICAM A INTERRUÇÃO PREMATURA DA PERSECUÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE DE APROFUNDAR O EXAME DA PROVA NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS – PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. (...) 8. A teoria objetivo-individual, versando sobre a fronteira que divisa os atos preparatórios do início da execução do crime, preconiza que "os atos executórios não são apenas os que dão início à ação típica, atacando o bem jurídico, mas também os praticados imediatamente antes, desde que se tenha prova do plano concreto do autor" (...) 13. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime. TJCE – Habeas Corpus 0629475-51.2016.8.06.0000 - Relator(a): FRANCISCO GOMES DE MOURA, Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal, Data do julgamento: 03/05/2017, Data de registro: 03/05/2017)

Ademais, registra-se que o Superior Tribunal de Justiça já sinalizou pela adoção do critério objetivo-individual no seguinte julgado de lavra do Ministro Rogerio Schietti:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. QUADRILHA, TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO E LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 288 DO CP. ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO. FIM ESPECÍFICO DE COMETER SÉRIE INDETERMINADA DE CRIMES. ART. 1º, VII, DA LEI N. 9.613/1998, ANTES DO ADVENTO DA LEI N. 12.850/2013. INEXISTÊNCIA DE CONCEITUAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO DIREITO PÁTRIO. OMISSÃO NÃO SUPRIDA PELA CONVENÇÃO DE PALERMO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. EXTENSÃO AOS CORRÉUS CONDENADOS PELO MESMO DELITO. CRIME IMPOSSÍVEL. MONITORAMENTO POLICIAL. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP QUANTO ÀS VETORIAIS PERSONALIDADE E MOTIVOS DO CRIME. COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CP. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO FEDERAL VIOLADO. SÚMULA N. 284 DO STF. ATOS EXECUTÓRIOS. CARACTERIZAÇÃO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SÚMULAS N.282 E 356 DO STF. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO PROVIDO. RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDOS PARA ALGUNS RECORRENTES E NÃO PROVIDOS PARA OUTROS. (...) 8. A distinção entre atos preparatórios e executórios é tormentosa e exige uma conjugação de critérios, tendo como ponto de partida a teoria objetivo-formal, de Beling, associada a outros parâmetros subjetivos e objetivos (como a complementação sob a concepção natural, proposta por Hans Frank), para que, consoante o tirocínio do julgador, seja possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizados atos tão próximos do início do tipo que, conforme o plano do autor, colocaram em risco o bem jurídico tutelado. 9. Tal solução é necessária para se distinguir o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP e o começo de execução da ação típica. Quando o agente penetra no verbo nuclear, sem dúvida, pratica atos executórios. No entanto, comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, evidenciam o risco relevante ao bem jurídico tutelado também caracterizam início da execução do crime. 10. Não houve violação do art. 14, II, do CP, pois os atos externados ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal, inclusive com a execução da qualificadora do furto. Os recorrentes, mediante complexa logística, escavaram por dois meses um túnel de 70,30 metros entre o prédio que adquiriram e o cofre da instituição bancária, cessando a empreitada, em decorrência de prisão em flagrante, quando estavam a 12,80 metros do ponto externo do banco, contexto que evidencia, de forma segura, a prática de atos executórios. (...) (REsp 1252770/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 26/03/2015)

6.2 Jurisprudência acerca do momento consumativo do crime de roubo próprio

O entendimento jurisprudencial acerca do momento consumativo do crime de roubo próprio passou por longa evolução, merecendo destaque a análise individual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

6.2.1 Supremo Tribunal Federal

Até meados dos anos de 1980 havia uma tendência no Supremo Tribunal Federal em rejeitar o critério da posse mansa e pacífica, entendida pelo Pretório Excelso como sendo

sinônimo de locupletamento do ladrão, exigindo, entretanto, que a *res furtiva* saísse da esfera de vigilância da vítima.

Nesse sentido confira-se a seguinte ementa:

CRIME DE ROUBO - CONSUMAÇÃO. O CRIME DE ROUBO CONSUMA-SE DESDE QUE A COISA SUBTRAÍDA TENHA SAÍDO DA ESFERA DE VIGILÂNCIA DO DONO, INDEPENDENTEMENTE DO LOCUPLETAMENTO, PELO AGENTE, DO PRODUTO DO CRIME. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 91105, Relator(a): Min. CUNHA PEIXOTO, Primeira Turma, julgado em 17/11/1981, DJ 11-12-1981 PP-12605 EMENT VOL-01238-02 PP-00374)

O mesmo entendimento pode ser verificado nos seguintes julgados: HC 53335, Min. Cordeiro Guerra, 1975; RE 93133, Min Rafael Mayer, 1980; RE 95040, Min. Firmino Paz, 1981; RE 93099, Min. Néri da Silveira, 1981; RE 97500, Min. Décio Miranda, 1982; RE 96846, Min. Alfredo Buzaid, 1982; RE 96042, Min. Soares Muñoz, 1982; RE 96805, Min Djaci Falcão, 1982; RE 102389, Min. Moreira Alves, 1984; RE 103321, Min Oscar Correa, 1984; RE 103310, Min. Francisco Rezek; 1985, RE 101739, Min. Aldir Passarinho, 1985.

Contudo, a partir de 1987, com o julgamento do RE 102.490/SP, de relatoria do Min. Moreira Alves, o Pretório Excelso passou a dispensar para a consumação do crime de roubo próprio o critério da esfera de vigilância. Nesse sentido, o momento consumativo do crime de roubo próprio passou a ser identificado a partir do momento em que o ladrão cessa a violência ou a grave ameaça que exerce contra a vítima, caracterizando assim a inversão da posse e a consequente consumação do delito. Confira-se:

Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência. - Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 102490, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/1987, DJ 16-08-1991 PP-10787 EMENT VOL-01629-02 PP-00150 RTJ VOL-00135-01 PP-00161)

No julgamento do RE 102490/SP, o ministro Moreira Alva nos deu um verdadeiro ensinamento doutrinário com seu extenso voto. A partir da exigência da inversão da posse para a configuração da consumação do roubo, o eminente ministro chega a conclusão de que a noção de posse do direito penal não deve ser diferente do direito civil. Assim, para que haja a

inversão da posse no roubo basta que os atos de violência (sentido amplo, incluindo a grave ameaça) sejam cessados, fato este que transforma a detenção da coisa em posse (artigo 1.208 do Código Civil), independentemente desta nova posse ser mansa, pacífica ou desvigiada.

Enquanto não houver sido cessado os atos de violência, mesmo que o ladrão tenham a *res furtiva* em suas mãos, há apenas detenção da coisa, não sendo suficiente para caracterizar o roubo consumado. Já quando a ladrão cessa os atos de violência e passa a fugir com a *res furtiva* em suas mãos, a detenção da coisa se transforma em posse e o roubo está consumado, ainda que ele venha a ser detido pela própria vítima ou por terceiro após imediata perseguição.

O entendimento adotado no RE 102.490/SP consolidou-se na Corte Suprema e segue como paradigma até os dias atuais, conforme se observa nos seguintes julgados:

EMENTA: HABEAS CORPUS. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CABIMENTO (ALÍNEA "C" DO INCISO III DO ART. 105 DA CF/88). CRIME DE ROUBO: MOMENTO DE CONSUMAÇÃO. É firme a jurisprudência desta colenda Corte de que o delito de roubo se consuma no instante em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel subtraída mediante grave ameaça ou violência. Noutros termos: é de se considerar consumado o roubo, quando o agente, cessada a violência ou a grave ameaça, inverte a posse da res furtiva. Sendo desnecessário que a posse da coisa seja mansa e pacífica. Precedentes: RE 102.490, Relator o Ministro Moreira Alves (Pleno); HC 89.958, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (Primeira Turma); HC 89.653, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski (Primeira Turma); e HC 89.619, de minha relatoria (Primeira Turma). Por outra volta, não procedem as alegações de que houve reexame de matéria fática (Súmula 7 do STJ) e que não ficou demonstrada a divergência de interpretação, exigida pela alínea "c" do inciso III do art. 105 da CF/88. Habeas corpus indeferido. (HC 89959, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 29/05/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00070 EMENT VOL-02286-04 PP-00662 RT v. 96, n. 866, 2007, p. 565-569)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CONSUMADO. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. VIABILIDADE. 1. Conforme iterativa jurisprudência desta Corte, o crime de roubo se consuma quando, cessada a violência ou grave ameaça, o sujeito ativo tenha a posse da res fora da esfera da vigilância da vítima, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente (cf. HC 98162, Min. Cármen Lúcia, DJe 20.9.2012) 2. A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, uma adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que deve se basear. 3. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve levar em conta dois fatores: (a) o quantum da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º); e (b) as condições pessoais do condenado estabelecidas na primeira etapa da dosimetria (CP, art. 59 c/c art. 33 § 3º). Sob essa perspectiva, não há ilegalidade na decisão que aumenta a pena-base em decorrência da existência de circunstância judicial desfavorável e estabelece o regime inicial mais grave, como medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RHC 133223, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 05/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 25-04-2016 PUBLIC 26-04-2016)

6.2.2 Superior Tribunal de Justiça

O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 102.490/SP, dispensando para a consumação do crime de roubo próprio a posse pacífica e desvigiada, foi adotado majoritariamente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, em alguns poucos julgados, notadamente da 6ª Turma, exigia-se para a consumação do crime de roubo próprio que a posse da *res furtiva* fosse desvigiada e tranquila.

Nesse sentido são os seguintes julgados:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. SUBTRAÇÃO DA RES FURTIVA, SEGUIDA PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME TENTADO.- O crime de roubo consuma-se no momento em que o assaltante realiza a plena subtração da res furtiva, afastando-a do campo de vigilância da vítima, mesmo que depois venha a ser preso em flagrante presumido.- Na hipótese em que o agente do crime não teve, em nenhum momento, a posse tranqüila dos bens, pois foi preso logo em seguida à prática do delito, houve apenas tentativa.- Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 365.090/MT, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2003, DJ 07/04/2003, p. 346)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. INVERSÃO DA POSSE. RECURSO PROVIDO.1. O crime de roubo próprio é delito de evento, reclamando para sua consumação efetiva lesão do patrimônio, plenamente compatível com a sua complexidade, na exata medida que tais naturezas não se excluem.2. É indispensável a inversão da posse, que em nada se confunde com o apoderamento, simples relação material do agente com a coisa, e reclama a instauração de fato do poder de disponibilidade do bem, por parte do roubador.3. Recurso provido.(REsp 303.081/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/06/2003, DJ 04/08/2003, p. 446)

Esse entendimento que exigia a posse desvigiada e tranquila era demasiadamente minoritário no Superior Tribunal de Justiça, sendo que encontramos julgados nesse sentido somente até o ano de 2003, contudo, nos Tribunais Estaduais o entendimento minoritário ainda tinha força.

A consolidação do entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça ocorreu definitivamente com o julgamento do RE 1.499.050/RJ, firmando-se, em sede recurso representativo de controvérsia, a seguinte tese:

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 a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. (REsp 1499050/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe

09/11/2015)

A redação da tese foi inteiramente adotada na Súmula 582 do Tribunal da Cidadania, pondo fim ao dissídio jurisprudencial nesta Corte e nos Tribunais Estaduais, não se exigindo a posse mansa pacífica ou desviada para a consumação do crime de roubo próprio.

Contudo, apesar da semelhança entre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, dispensando ambos a posse pacífica ou desviada, ainda que seguida de imediata perseguição, não podemos afirmar que o entendimento das duas cortes é o mesmo em todos os aspectos.

O Supremo Tribunal Federal exige claramente para a configuração da inversão da posse que a violência ou a grave ameaça tenham sido cessadas, enquanto o Superior Tribunal de Justiça não menciona expressamente sobre a necessidade desse requisito, limitando-se a utilizar a expressão “inversão da posse” e a corroborar do entendimento da Corte Suprema..

Nesse sentido, é de se questionar acerca da interpretação do alcance da “inversão da posse” que se refere o Superior Tribunal de Justiça. Há, para o Tribunal da Cidadania, inversão da posse quando não cessada a violência ou a grave ameaça?

A resposta para esse questionamento pode ser obtida através da análise do REsp 1.351.255/ RJ, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti, que coincidentemente foi o responsável também pela relatoria do acórdão que deu origem a tese que ganhou posteriormente *status* de súmula. No caso em concreto a Corte Superior tratava do seguinte caso, conforme consignou o acórdão recorrido:

Com efeito, como se verifica às fls. 140, o apelante, simulando portar arma de fogo, determinou que a vítima lhe entregasse o telefone celular. Sua ordem foi cumprida. Policiais, atentos, desconfiaram da cena e se aproximaram. A vítima, de início, disse que estava tudo bem, contudo, sentindo-se segura, revelou aos policiais que o apelante, com a mão sob a camisa, para fazer crer estivesse com uma arma de fogo, lhe exigira o telefone. O apelante foi preso e, por dentro de sua cueca, estava o telefone da ofendida. No contexto, o crime e sua autoria são indúvidos.

A hipótese fática acima delineada não está clara, mas ao que tudo indica o ladrão nesse caso sequer deu início a fuga, sendo preso por policiais quando ainda exercia atos de violência e grave ameaça contra a vítima. Contudo, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de reconhecer o roubo consumado, utilizando-se do argumento de que houve a inversão da posse. Confira-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. INVERSÃO DA

POSSE DO BEM. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. RECURSO PROVIDO.1. Conforme decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, representativo da controvérsia (de minha relatoria, ainda não publicado), "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 a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada".2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, existentes duas condenações transitadas em julgado contra o acusado, por fatos anteriores ao delito em exame, não há ilegalidade na utilização de uma delas para valorar negativamente os antecedentes do réu - e exasperar a pena-base - e de outra para reconhecer a incidência da agravante da reincidência.3. Recurso provido para afastar a tentativa, reconhecer a valoração negativa dos antecedentes criminais do recorrido e, nesses termos, restabelecer a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau.(REsp 1351255/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015)

Desse modo, há de se convir que o critério da inversão da posse adotado pelo Superior Tribunal de Justiça é diferente do entendimento do Supremo Tribunal Federal, ainda que ambos dispensem a posse pacífica ou desvigiada. Enquanto este requer para a ocorrência da inversão da posse que a violência ou a grave ameaça tenham sido cessadas, aquele entende que a inversão da posse acontece com a simples retirada momentânea da disponibilidade física da *res furtiva*, ou seja, com a simples detenção.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou delimitar as hipóteses práticas de tentativa e consumação no crime de roubo próprio, considerando a importância da aplicação de penas justas, levando em conta as particularidades do crime de roubo próprio.

No que concerne a tentativa, a adoção da teoria objetiva-individual levando em conta o plano concreto do autor foi a que me pareceu mais justa, ainda que de certa forma venha a ser mais severa se comparada a teoria objetiva-formal. O fato é que esta é demasiadamente injusta, gerando impunidades inaceitáveis, enquanto aquela resolve esse problema da impunidade de forma justa, e principalmente de forma a resguardar os princípios básicos do Direito Penal.

Quanto à consumação, concluiu-se que o melhor critério é o da posse desvigiada, adotando-se de certa forma um meio termo entre os critérios da posse tranquila e da perda da disponibilidade momentânea da *res furtiva*.

Ora, se o crime de roubo próprio é material, exigindo para a sua consumação a efetiva lesão patrimonial, consubstanciada pela perda da posse, não é aceitável que a sua consumação ocorra com a mera detenção da *res furtiva* pelo agente, como querem fazer crer aqueles que defendem o critério da perda da disponibilidade momentânea da coisa roubada.

Por outro lado, aceitar o critério da posse tranquila é confundir o objetivo do sujeito ativo com a efetiva lesão patrimonial. Para que esta ocorra, como dito, basta a inversão da posse, sendo o sucesso da empreitada criminosa irrelevante.

O critério da perda da vigilância da *res furtiva*, por sua vez, define com maior propriedade o momento o qual pode-se afirmar que houve a perda da posse e a efetiva lesão patrimonial no caso concreto. Assim, se a vítima perde a disponibilidade momentânea de seu bem, mas o ladrão não chega a ter a posse desvigiada, ou seja, fora do alcance do titular, não há a consumação do crime.^a

A doutrina majoritária divide-se entre os critérios da posse tranquila e o da posse desvigiada, enquanto a minoritária defende o critério da perda da disponibilidade momentânea da *res furtiva*. Contudo, conforme observado, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vão de encontro ao entendimento majoritário da doutrina, sendo dispensável a posse tranquila ou desvigiada.

Ocorre que apesar de adotarem o chamado critério da inversão da posse e dispensarem a posse tranquila ou desvigiada, a análise da jurisprudência das duas Cortes demonstrou que elas possuem entendimentos diversos. Para a Corte Suprema, restou demonstrado a necessidade de que os atos de violência em sentido amplo devem ser cessados para que ocorra a inversão da posse, conforme exige o Direito Civil. Já para o Superior Tribunal de Justiça a inversão da posse ocorre quando o sujeito ativo tem a detenção da coisa, o que me parece causar certa confusão entre os conceitos de posse e de detenção, motivo pelo qual torna-se um entendimento inaceitável.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Código Penal. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acesso em 02 nov 2017.

BATISTA, Weber Martins. **O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 3. 13 edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Código Penal comentado**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. v. 1. 2 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Código Eleitoral. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 303.081/SP. Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 17/06/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=414664&num_registro=200100148522&data=20030804&formato=PDF>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 306.739/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 21/10/2003. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=550442&num_registro=200100237576&data=20031215&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 365.090/MT, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 11/03/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=688298&num_registro=200101154640&data=20030407&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 474.368/SP. Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 10/06/2003. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=778576&num_registro=200201163440&data=20030825&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.252.770/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45899867&num_registro=201101072138&data=20150326&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.351.255/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/11/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=55081136&num_registro=201202304826&data=20151203&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.499.050/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/10/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1499050&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 20 de set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 582, Terceira Seção, julgado em 14/09/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=1499050&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 89.959/SP, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 29/05/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=482024>>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 99.808/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165528&base=baseAcordaos>>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 78.700/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma, julgado em 16/03/1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000028592&base=baseAcordaos>>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 133.223/SP, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 05/04/2016. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 91.105/RJ, Rel. Min. Cunha Peixoto, Primeira Turma, julgado em 17/11/1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=184735>>. Acesso

em 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal . Recurso Extraordinário 102.490/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/1987. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=194789>>. Acesso em 20 set. 2017.

_____.Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 20040710198667, Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto, Primeira Turma Criminal, julgado em 07/07/2008. Disponível em:<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 25 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Habeas Corpus* 0629475-51.2016.8.06.0000. Rel. Des. Francisco Gomes de Moura, Segunda Câmara Criminal, julgado em 03/05/2017.. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3123377&cdForo=0&vlCaptcha=wxtqc>>. Acesso em 25 set. 2017.

_____.Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0433.14.015136-9/001. Rel. Desa. Beatriz Pinheiro Caires, Segunda Câmara Criminal, julgado em 10/08/2017. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=104331401513690012017894905>>. Acesso em 25 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal 9000132-64.2011.8.26.0309. Rel.Des. Lauro Mens de Mello, 16ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 18/12/2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=6493162&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_818ea6e990ea4399bab7efd3f555323d&vlCaptcha=cmDs&novoVICaptcha=>>. Acesso em 25 set. 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. v. 1. 3 edição. São Paulo: Atlas, 2017

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. v.2 . 17 edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

COSTA, Álvaro Mayrink da.**Direito Penal**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. **Direito Penal**. v. 2 . Rio de Janeiro: Forense, 1986.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal objetivo: breves comentários ao Código**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DARCIE, Stephan Dorie. **O fundamento da tentativa em direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DELMANTO, Celso [et al.]. **Código penal comentado**. 7 edição atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DONNA, Edgardo Alberto. **Derecho Penal**. tomo II-B. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001.

DUTRA, Mario Hoepfner Dutra. **O furto e o roubo em face do Código Penal Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1955

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte especial I. 3 edição. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. vol. I. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FRANCO, Alberto Silva [et al.] **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. v. 1. tomo II. 6 edição rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FRANÇA. Código Penal. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>>. Acesso em 02 nov 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2010.

_____ **Curso de direito penal**. v. 3. 9 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 7. 3 edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

ITÁLIA. Código Penal. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>>. Acesso em 02 nov. 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. v.1. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ **Direito Penal**. v. 2. 22 edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale Italiano**, IX- Delitti contro il patrimonio. Turim: Utet, 1952.

MIRABETE. Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. v. 2. 21 edição. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. v. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____ **Direito penal**. v. 2. 15 edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código penal comentado**. 17 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____ **Manual de direito penal**. 13 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal - Parte Geral**, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 2. 11 edição rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014.

SIQUEIRA. Geraldo Batista de. **Roubo, delito formal – art. 167, §1º, do Anteprojeto da parte especial do Código Penal**. Revista dos Tribunais. vol. 677/1992, p. 317-320, Mar/1992.

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal argentino**. v. 4. 10 reimpressão total. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. v 2. São Paulo: Atlas, 2002.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**, tomo I. Traduzido e comentado por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet & C, 1899.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Da tentativa: doutrina e jurisprudência. 5 edição rev. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.