

A consumação do crime de roubo e a ação do terceiro que intervém em defesa da vítima

Thales Ferri Schoedl

No dia 12 de outubro de 2013, acompanhamos pelos diversos meios de comunicação e pela rede mundial de computadores um vídeo no qual um jovem, que conduzia uma motocicleta marca Honda, modelo “Hornet”, foi abordado por dois criminosos, os quais, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, lograram subtrair o referido veículo, mas, logo em seguida, um deles, já na posse da “res”, foi alvejado por dois disparos de arma de fogo efetuados por um policial militar que trafegava com seu automóvel pelo local, possibilitando assim que a vítima recuperasse sua motocicleta (vídeo disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=LBNU0UG8o30>, acesso em 09.12.2013) – segundo consta, o vídeo foi produzido através de uma câmera instalada no capacete da vítima. O criminoso atingido foi socorrido e acabou sobrevivendo, enquanto seu comparsa e “amigo” logrou evadir-se do local.

Embora tenhamos opinião formada a respeito da conduta do referido miliciano, pretendemos neste artigo tecer apenas algumas considerações sob o ponto de vista dogmático, notadamente no que se refere ao momento consumativo do crime de roubo e sobre as consequências dessa conclusão em relação ao reconhecimento da legítima defesa praticada pelo terceiro, abstraindo aqui sua qualidade de policial, para que não ingressemos também no terreno do estrito cumprimento do dever legal.

O delito de roubo vem definido no art. 157, “caput”, do Código Penal, nos termos seguintes: “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzindo à impossibilidade de resistência”. A pena é de reclusão, de 4 a 10 anos, e multa. O parágrafo 2º prevê as causas de aumento de pena – e não qualificadoras – relacionadas ao crime de roubo, entre as quais o emprego de arma de fogo e o concurso de duas ou mais pessoas, aplicáveis ao caso em questão. Embora o tipo fundamental utilize apenas o verbo “subtrair”, que significa “tirar, surrupiar, arrebatado” (AULETE, Caldas. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa, 1968, v. 5, p. 3828), há duas orientações a respeito do momento consumativo do delito de roubo:

- a) Consuma-se quando o agente obtém a posse tranquila e desvigiada do bem subtraído, ainda que por breve período, a exemplo do que ocorre no crime de furto (HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, 1980, v. 7, p. 61, e NORONHA, Direito Penal, 1986, v. 2, p. 247);
- b) O crime de roubo está consumado “se o agente, ainda que por breve momento, tem, após o desapossamento violento, a disponibilidade dos objetos. Não é exigível a posse tranquila da res furtiva, bastando que cesse a violência ou a clandestinidade” (STJ, Embargos de Divergência no REsp 197848/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, Terceira Seção, j. 12.04.2000).

Concordamos com a segunda orientação, pois o roubo, tendo natureza jurídica de crime complexo, consuma-se com o emprego da violência em sentido amplo e consequente desapossamento do bem móvel, sendo desnecessária a posse tranquila e desvigiada da “res”, bastando, portanto, a mera inversão da posse. As recentes decisões de nossa Corte Suprema evoluíram neste sentido:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada “esfera de vigilância da vítima” e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da res furtiva, ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata” (HC 108678/RS, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 17.04.2012).

Contudo, o Projeto de Código Penal, ao tratar do início da execução na Parte Geral, de forma canhestra incluiu um parágrafo único no art. 24, dispondo que “nos crimes contra o patrimônio, a inversão da posse do bem não caracteriza, por si só, a consumação do delito”, tamanha a pressa em favorecer o criminoso que pratica o crime de roubo, certamente um dos que causam maior insegurança e clamor social.

No que se refere à legítima defesa, o art. 25 do Código Penal atual assim dispõe: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Nestes termos, são requisitos da legítima defesa:

- a) **Agressão injusta:** é a agressão humana ou de animal comandado pelo homem, contrária ao ordenamento jurídico, ainda que não configure crime;
- b) **Agressão atual ou iminente:** ao contrário do estado de necessidade (CP, art. 24), a lei contempla expressamente a hipótese de agressão iminente, ou seja, aquela que está prestes a acontecer; outrossim, não se admite legítima defesa contra agressão passada – é o caso frequente do sujeito que, após levar uma surra, dirige-se até sua casa e retorna com uma arma de fogo, matando seu algoz;
- c) **Agressão contra direito seu ou de outrem:** compreende a legítima defesa própria e de terceiro; a expressão “direito” abrange qualquer interesse juridicamente protegido e não só a vida e a integridade física, e.g., propriedade, dignidade sexual, etc.;
- d) **Utilização dos meios necessários:** é o meio que o sujeito tem ao seu alcance no momento da agressão, ainda que desproporcional, mas se ele dispõe de um meio menos lesivo, igualmente eficaz, deverá sempre optar por este; exemplificando, se A está na iminência de sofrer uma agressão injusta de um lutador profissional de “MMA”, atingindo-o com um disparo da única arma de fogo que portava, deverá ser reconhecida a eximente, mas se portava uma pistola e uma submetralhadora, e preferiu utilizar a segunda, não se considera um meio necessário;
- e) **Moderação:** é a proporcionalidade da reação, de modo que a conduta do sujeito não passe da defesa para o ataque contra o agressor, sob pena de incidir em excesso doloso ou culposo (CP, art. 23, parágrafo único), mas como acertadamente já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça paulista, “aquele que é atacado e agredido dificilmente estará em condições de calcular, com balancinha de ourives, quando e como começa o excesso na reação” (RT 604/327); Nélon Hungria, por sua vez, sabiamente já advertia que “a apreciação deve ser feita objetivamente, mas sempre, de caso a caso, segundo um critério de relatividade ou um cálculo aproximativo. Não se trata de pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente. Não se pode exigir uma perfeita equação entre o quantum da reação e a intensidade da agressão, desde que o necessário meio empregado tinha

de acarretar, por si mesmo, inevitavelmente, o rompimento da dita equação. Um meio que, prima facie, pode parecer excessivo, não será tal se as circunstâncias demonstrarem sua necessidade in concreto. Assim, quando um indivíduo franzo se defende com arma de fogo contra um agressor desarmado, mas de grande robustez física, não fica elidida a legítima defesa” (Comentários ao Código Penal, 1958, v. 1, Tomo II, p. 302).

Cotejando os requisitos da agressão injusta, atual ou iminente, com as correntes relacionadas ao momento consumativo do crime de roubo, as soluções serão diversas. Deixaremos, no entanto, de fazer considerações sobre o meio necessário e a moderação da repulsa, em respeito à “opinio delicti” do promotor natural do caso acima referido (CF, arts. 5º, LIII, e 127, § 1º).

Se admitirmos o entendimento no sentido de que a consumação do delito de roubo depende da posse mansa e pacífica do objeto subtraído, na hipótese em exame, a conclusão será no sentido de que não houve consumação, na medida em que os algozes não lograram obter a posse desvigiada da motocicleta pertencente à vítima, que foi recuperada em razão da intervenção de terceira pessoa, impedindo a consumação. Mais: se consumação não houve, ainda havia um ataque ao bem jurídico, de modo que a agressão era atual, agindo o sujeito em legítima defesa real de terceiro, se considerarmos presentes os demais requisitos da referida excludente de antijuridicidade.

Por outro lado, admitindo-se que o crime de roubo se consuma com a mera inversão da posse da “res”, é forçoso reconhecer que no momento da ação do terceiro, o delito já estava consumado, já que a fuga posterior configuraria mero exaurimento, daí não ser possível o reconhecimento da legítima defesa real, cujo pressuposto é uma agressão injusta, atual ou iminente. A nosso ver, a única solução possível seria o reconhecimento da discriminante putativa por erro de proibição (CP, art. 21, “caput”). Isso porque a percepção do terceiro quanto aos fatos foi perfeita, não havendo se falar em legítima defesa putativa ou discriminante putativa por erro de tipo (CP, art. 20, § 1º). Com efeito, o erro de proibição não se confunde com o erro de tipo: neste, há uma falsa percepção da realidade, enquanto naquele a apreciação dos fatos é perfeita, mas o agente supõe que sua conduta não ofende o ordenamento jurídico-penal; na precisa lição de Jorge de Figueiredo Dias, trata-se da “distinção entre erro que versa sobre

elementos sensorialmente perceptíveis e erro que versa sobre qualquer avaliação destes elementos” (O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal, 1969, p. 48).

Conseqüentemente, nas discriminantes putativas por erro de tipo, o sujeito, em razão da falsa percepção da realidade, supõe estar agindo amparado por uma excludente de ilicitude que na verdade não se verificou, podendo ser isento de pena, quando o erro for escusável, ou responder por crime culposo, quando inescusável (CP, art. 20, § 1º). Já nas discriminantes putativas por erro de proibição, embora a apreciação da realidade fática seja correta, o sujeito acredita que está amparado por uma eximente que não existe, ou então labora em erro de interpretação sobre o conteúdo da norma permissiva.

Partindo-se da premissa de que o roubo se consuma com a mera inversão da posse, o erro do terceiro que intervém em defesa da vítima após a subtração passa a incidir sobre os “limites legais (normativos) da causa de justificação” (JESUS, Direito Penal, 1995, v.1, p. 272), devendo ser aplicadas as regras do erro de proibição: se inevitável, há isenção de pena; se evitável, há redução da pena de um sexto a um terço (CP, art. 21, “caput”, 2ª parte).

Vê-se, portanto, que a corrente que defende a consumação do roubo com a mera inversão da posse melhor serve ao Direito Penal, tido como instrumento de defesa e pacificação social, mas, por outro lado, dificulta o reconhecimento da legítima defesa em benefício do terceiro que intervém em defesa da vítima, que será obrigado a socorrer-se da discriminante putativa por erro de proibição. Já o entendimento no sentido de que o roubo se consuma com a posse mansa e desvigiada da “res” possibilita a redução da pena a um número infundável de crimes que poderiam ser considerados consumados, servindo como estímulo para os criminosos voltarem a agir; porém, de outra parte, facilita o reconhecimento da legítima defesa. Ainda assim, preferimos a primeira alternativa, na crença de que o terceiro poderá ter reconhecida, em seu favor, a discriminante putativa por erro de proibição, instituto que não serve apenas para ser ensinado nos livros e nas salas de aula.