

O Roubo e a Lógica

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Uma das grandes características humanas é a sensação de incômodo diante de algo que não faz sentido. Nos grandes centros, marcados pela criminalidade violenta, à custa do art. 93, IX, da CF, estereotipou-se a aplicação do regime fechado para os casos do art. 157, §2º, do CP, dado que seria o único cabível.

Os Tribunais de Justiça mantêm as condenações, desfiando argumentos bem ao gosto da mídia chã: desassossego à comunidade ordeira, clamor público, credibilidade da justiça etc.

Tanto assim que os Tribunais Superiores, cansados de tanto corrigir arbitrariedades, editaram diversos enunciados sumulares (STF: 718 e 719; STJ, 269 e 440).

Contudo, e aqui se retoma a ideia lançada no início deste texto, as mais altas Cortes, ao reformar as condenações, não têm tratado de um aspecto, que se passa a cuidar.

Conforme o §3º do art. 33 do CP, o regime inicial de cumprimento da pena será estabelecido tendo em conta, também, o art. 59 do CP. Todavia, olhando-se tão apenas a fixação da pena-base em 4 anos (mínimo legal), o STJ e o STF têm abrandado o regime para o desconto da tradicional reprimenda final de 5 anos e 4 meses, do roubo circunstanciado.

Exsurge, então, a aporia sobre a qual se debruça. Pensemos: no roubo simples, se o agente ostenta uma circunstância judicial negativa, mínima que seja, acrescentando-se, por exemplo, 1 mês à pena base, será possível a sujeição ao regime fechado (STJ: HC 90.805/SP, DJe 10/03/2008; HC 172.844/SP, DJe 22/11/2010). Depara-se, então, com manifesto descompasso, porquanto a pena mínima do roubo majorado, sensivelmente mais alta, vem recebendo regime mais brando.

Por mais que não funcionem como circunstâncias judiciais, as hipóteses do § 2º do art. 157 do CP comparecem no horizonte da imputação e, em sintonia com o princípio constitucional da individualização da pena, não podem ser desprezadas.

Daí trazer-se a debate a possibilidade de a pena de 5 anos e 4 meses sujeitar-se ao regime inicial fechado, em sintonia com o dever constitucional de motivação das decisões judiciais, e com o disposto no §3º do art. 33 do Código Penal.

Para tanto, cumpre ter presente que se está a cuidar de roubo *circunstanciado*, e, no corpo do art. 59 do CP, existe a subsidiária figura *circunstâncias*. Repare que não se promove a incidência duas vezes da mesma componente, respeitando-se o *ne bis in idem*, porquanto não haverá acréscimo no cálculo da pena. Antes, busca-se conferir razoabilidade ao sistema, a fim de escoimá-lo de incongruências.

Segundo MIGUEL REALE JR., o crime é um todo indecomponível. Contudo, a doutrina procedeu à elaboração do conceito analítico de crime (com os estratos tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e, para alguns, punibilidade), a fim de lhe conferir um tratamento mais detalhado. Além da artificial, porém necessária, segmentação da categoria dogmática *delito*, vieram a lume sistemas de dosimetria da pena, como os tradicionais bifásico de Roberto Lyra e o trifásico de Nelson Hungria, sem contar modelos mais sofisticados, como o de David Teixeira de Azevedo (*Dosimetria da pena*. São Paulo: Malheiros, 1998). Nesses modelos, a realidade também é fragmentada, com o fito de se conferir operacionalidade à responsabilização criminal. A despeito disso, percebe-se que nada impediria que tivéssemos um sistema monofásico. Se assim fosse, qual seria a diferença aritmética entre aquelas imputações citadas acima? Acredito que, em termos estruturais, nenhuma, confira-se:

R [roubo] + C [circunstância (judicial)] = REGIME FECHADO.

R [roubo] + C [circunstância (majorante)] = REGIME SEMIABERTO.

(Trata-se de um esquema meramente aproximativo, desenvolvido apenas para ilustrar a desproporção. É claro que a dosimetria, pautada pela discricionariedade regrada do magistrado, poderá ser modulada em razão de diversos fatores, como os político-criminais, tendentes a abrandar a pena).

Ademais, não se deve perder de vista que a causa de aumento de pena, apesar de substancialmente não se diferenciar das demais circunstâncias do crime, tem recebido, da doutrina e da jurisprudência, um papel de destaque no cenário da dosimetria. A ela tem sido atribuída a possibilidade de transpor os limites da banda superior do preceito secundário, potencialidade negada às circunstâncias do art. 59 e às agravantes.

Logo, se considerarmos, matematicamente, que a majorante seria hierarquicamente superior à circunstância judicial, esta seria C, e aquela, C + 1. Convencionando o regime fechado como grandeza 8, e o regime semiaberto como grandeza 4, note-se como ficaria a equação da hipótese de trabalho:

$$R + C = 8$$

$$R + C + 1 = 4.$$

Nada mais ilógico.

Acrescente-se, ainda, outra particularidade que tem conduzido a um sem número de insurgências. Trata-se de verdadeira fonte normativa de nulidade, expressão frequentemente utilizada por ADA PELLEGRINI GRINOVER. O roubo, dentre outros tipos penais, possui uma redação legislativa defeituosa. Ao referir-se, alternativamente, no mesmo preceito, às elementares "violência" e "grave ameaça", promove-se indevida equiparação, com idêntica cominação. Todavia, salta aos olhos que o ato violento é bem mais reprovável, em linha de princípio, do que aquele empolgado pela ameaça, por mais grave que seja. Trata-se de escalada de afetação do bem jurídico, conformada pelo primado da subsidiariedade. Não é viável, assim, sem prejuízo à isonomia legislativamente positivada, elevar-se a reprimenda por ter o agente se valido da agressão física. Mas, e nem sempre se tem atentado para isso, é possível focar-se nas particularidades da violência, que, para os fins do reconhecimento do roubo, vai das vias de fato até a lesão corporal leve (caso se chegue à grave, tem-se a incidência do § 3.º do art. 157 do CP). Logo, diante de ataque à integridade física, a deixar vestígio, tem-se concreta motivação para o tratamento mais rigoroso do roubo, como também nos casos em que, além da grave ameaça, segue-se a violência, dada a mais intensa renitência na busca do sucesso delitivo.

Em tempos de reforma do Código Penal, fica, então, a sugestão de que, na redação dos tipos como o ora em análise, preveja-se a figura fundamental com o emprego da grave ameaça, e, por meio de qualificadora, enuncie-se a conduta desenvolvida com violência, a bem do respeito à proporcionalidade, evitando-se nulidades na edificação da pena.

Por fim, é curial também registrar que fere o constitucional princípio da individualização da pena a compreensão de que se a reprimenda é fixada no mínimo legal, a incidência das atenuantes resta obviada. Muito já se escreveu sobre isso. Mas, especificamente no tocante ao tema foco, deve-se pontuar que, também para a escolha do regime, a incidência das atenuantes, e mesmo minorantes, é relevante. Assim, cumpre contrabalançar tais redutores, mormente aquelas tidas como preponderantes (como a menoridade), com as majorantes do roubo, para se evitar punição excessiva.

Em síntese, busca-se acrescentar um ingrediente a mais na discussão sobre a edificação da resposta estatal, que deve, na medida do possível, evoluir, distanciando-se de percalços sistêmicos.