

CP

Rogério Sanches Cunha

Código Penal e Lei de Execução Penal

para concursos

 **MAXI
FORMATO**
Leitura otimizada

-  Doutrina
-  Jurisprudência
-  Questões de concurso

16^a
edição

revisão,
atualizada e
ampliada

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos resultados: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

2. ENUNCIADOS DE SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA

✦ **STJ – Súmula 18.** A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não substituindo qualquer efeito condenatório.

3. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (Vunesp – Juiz de Direito – MS/2015) Quanto à extinção da punibilidade, é correto afirmar que

- o curso da prescrição interrompe-se com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.
- a punibilidade só se extingue pela morte do agente; pela anistia, graça ou indulto; pela prescrição, decadência ou preempção; pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada e pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite.
- a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.
- o perdão expresso ou tácito concedido pelo ofendido a um dos querelados não pode ser aproveitado pelos demais na hipótese de ofensa conjunta por mais de um agente.
- considerando que o delito previsto no art. 137, caput, do Código Penal prevê pena de detenção de quinze dias a dois meses ou multa, a prescrição da pena em abstrato ocorrerá em dois anos.

GAB	01	C
-----	----	---

✦ PARTE ESPECIAL

▼ TÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

▼ CAPÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A VIDA

HOMICÍDIO SIMPLES

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

CASO DE DIMINUIÇÃO DE PENA

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

HOMICÍDIO QUALIFICADO

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II – por motivo fútil;

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

FEMINICÍDIO

VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até 3º grau, em razão dessa condição;

VIII – com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

HOMICÍDIO CONTRA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS

IX - contra menor de 14 (quatorze) anos:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º – A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

§ 2º-B. A pena do homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos é aumentada de:

I - 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;

II - 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

HOMICÍDIO CULPOSO

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena – detenção, de um a três anos.

AUMENTO DE PENA

§ 4º – No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as

conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

§ 5º – Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

§ 6º – A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou com doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;

III – na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;

IV – em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Objetividade jurídica: tutela-se a vida extrauterina, iniciada com o parto. Para E. Magalhães Noronha, mesmo não tendo havido desprendimento das entranhas maternas, já se pode falar em início do nascimento, bastando a dilatação do colo do útero.

Sujeito ativo: qualquer pessoa (crime comum).

Flávio A. Monteiro de Barros, transcrevendo na íntegra a lição de Euclides Custódio da Silveira, apresenta-nos interessante aspecto do crime de homicídio referente a fato praticado por xifópagos (irmãos ligados um ao outro, desde o apêndice xifóide até o umbigo). Nada obstante o pouco interesse prático, vejamos:

“Dado que a deformidade física não impede o reconhecimento da imputabilidade criminal, a conclusão lógica é que responderão como sujeitos ativos. Assim, se os dois praticarem um homicídio, conjuntamente ou de comum acordo, não há dúvida que responderão ambos como sujeitos ativos, passíveis de punição. Todavia, se o fato é cometido por um, sem ou contra a vontade do outro, impor-se-á a

absolvição do único sujeito ativo, se a separação cirúrgica é impraticável por qualquer motivo, não se podendo excluir sequer a recusa do inocente, que àquela não está obrigado. A absolvição se justifica, como diz Manzini, porque, conflitando o interesse do Estado ou da sociedade com o da liberdade individual, esta é que tem de prevalecer. Se para punir um culpado é inevitável sacrificar um inocente, a única solução sensata há de ser a impunidade” (Crimes contra a pessoa, p. 12).

Flávio Monteiro, todavia, divergindo da conclusão externada, prefere ensinar que o xifópago autor do crime deve ser processado e condenado por homicídio, inviabilizando-se, porém, o cumprimento da reprimenda, tendo em vista o princípio da intransmissibilidade da pena. Se, no futuro, o outro também vier a delinquir e a ser condenado, ambos poderão cumprir as respectivas penas.

Sujeito passivo: qualquer pessoa.

Quando vigorava a Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), se a vítima fosse o presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo

Tribunal Federal, e o agente tivesse motivação e objetivos políticos, o crime, em face do princípio da especialidade, era o do art. 29 daquele diploma legal. Com a revogação operada pela Lei 14.197/21, não houve tipificação de delito semelhante no Título XII do CP. Nesse caso, há continuidade normativo-típica no art. 121. Houve *novatio legis in melius*, pois a pena anterior variava entre 15 e 30 anos.

Conduta: matar pessoa após o seu nascimento, pouco importando tratar-se (ou não) de vida viável ou a forma do ser nascente.

A vida extrauterina de um indivíduo começa com o início do parto. Mas quando se inicia o parto?

A doutrina é divergente. Fernando Capez, ao tratar do tema, cita alguns posicionamentos:

“Alfredo Molinario entende que o nascimento é o completo e total desprendimento do feto das entranhas maternas. Para Soler, inicia-se desde as dores do parto. Para E. Magalhães Noronha, mesmo não tendo havido desprendimento das entranhas maternas, já se pode falar em início do nascimento, com a dilatação do colo do útero” (Direito Penal – Parte Especial, v. 2, p. 11-12).

♦ **ATENÇÃO:** responderá por homicídio aquele que omitir seu dever legal de evitar o resultado morte, ignorando sua condição de garante ou garantidor, nos termos do art. 13 § 2º: dever + poder (de prestar atendimento).

Tipo subjetivo: a forma dolosa (direta ou eventual) está prevista no *caput*, §§ 1º e 2º. A culpa vem tipificada no § 3º. O homicídio preterdoloso (dolo na lesão e culpa na morte) se ajusta ao disposto no art. 129, § 3º.

O agente que, sabendo ser portador do vírus HIV, oculta a doença da parceira e com ela mantém conjunção carnal, pratica qual crime?

O STF, no HC 98.712 (tratando de caso semelhante), não vislumbrando na ação do agente a intenção homicida, determinou a desclassificação do crime. O Min. Marco Aurélio, relator, ajustava a conduta do paciente ao crime de perigo de contágio de moléstia grave (CP, art. 131) enquanto o Min. Ayres Britto, ao de lesão corporal qualificada pela enfermidade incurável (CP, art. 129, § 2º, II). A Corte, ao final, diante do impasse na tipificação, preferiu apenas desclassificar o crime para outro que não doloso contra a vida, sem, no entanto, vincular o magistrado do processo a um tipo penal específico.

Já o STJ, através da sua 5ª Turma, decidiu que a transmissão consciente da síndrome da imunodeficiência adquirida (vírus HIV) caracteriza lesão corporal de natureza gravíssima, enquadrando-se a enfermidade perfeitamente no conceito de doença incurável, previsto no artigo 129, § 2º, II, do CP. O fato de a vítima ainda não ter manifestado sintomas não exclui o delito, pois é notório que a doença requer constante tratamento com remédios específicos para aumentar a expectativa de vida, mas não para cura (HC 160.982/DF).

Para nós, depende. Se a vontade do agente era a transmissão da doença (de natureza fatal), pratica tentativa de homicídio (ou homicídio consumado, caso seja provocada

a morte como desdobramento da doença). Se não quis e nem assumiu o risco (usando preservativos, por exemplo), mas acaba por transmitir o vírus, deve responder por lesão corporal culposa (ou homicídio culposo, no caso de morte decorrente da doença).

Consumação e tentativa: consuma-se com a morte, caracterizada pela cessação da atividade encefálica do ofendido (crime material).

Tratando-se de crime plurissubsistente (admite fracionamento da execução), a tentativa é possível. Admite-se a forma tentada, inclusive, no crime cometido com dolo eventual, já que equiparado, por lei, ao dolo direto (art. 18, I, do CP).

♦ **ATENÇÃO:** o homicídio será hediondo quando qualificado (não importando a circunstância qualificadora) ou, mesmo que simples, quando praticado em atividade típica de **grupo de extermínio** (chacina, matança generalizada).

Homicídio privilegiado: o § 1º do art. 121 prevê três hipóteses em que o homicídio terá sua pena diminuída, classificado pela doutrina como privilegiado. São elas: a) motivo de relevante valor social; b) motivo de relevante valor moral; c) sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Motivo de **relevante valor social** diz respeito aos interesses de toda uma coletividade, logo, nobre e altruístico (ex.: indignação contra um traidor da pátria).

Já o **relevante valor moral** liga-se aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão. Assim, o homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio da atenuação da pena que o parágrafo consagra.

A última “privilegiadora” relaciona-se com o **estado anímico do agente** (homicídio emocional).

Neste caso, o sujeito ativo, logo em seguida a injusta provocação da vítima, reage, de imediato, sob intenso choque emocional, capaz de anular sua capacidade de autocontrole durante o cometimento do crime. Em regra, os tribunais têm aceitado a violenta emoção do marido que colhe a mulher em flagrante adultério.

Da simples leitura do § 1º extraímos todos os seus requisitos:

a) domínio de violenta emoção: com isso quer dizer que a emoção não deve ser leve e passageira ou momentânea.

b) reação imediata (logo em seguida a injusta provocação da vítima): para a configuração do privilégio se exige que o revide seja imediato, logo depois da provocação da vítima, sem hiato temporal (*sine intervallo*), devendo perdurar o estado de violenta emoção. A mora na reação exclui a causa minorante, transmutando-se em vingança.

c) injusta provocação da vítima: a “provocação” trazida pelo parágrafo em comento não traduz, necessariamente, agressão, mas compreende todas e quaisquer

condutas incitantes, desafiadoras e injuriosas. Pode, inclusive, ser indireta, isto é, dirigida contra terceira pessoa ou até contra um animal.

O § 1º traz circunstâncias, isto é, dados eventuais, interferindo apenas na quantidade da pena e não na qualidade do crime, que permanece o mesmo (homicídio). Por essa razão, na hipótese de concurso de pessoas, tais circunstâncias minorantes – subjetivas – são incomunicáveis entre os concorrentes (art. 30 do CP).

Reconhecido o homicídio privilegiado, a redução da pena é obrigatória, segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência.

Homicídio qualificado: Algumas são subjetivas, ligadas aos motivos determinantes do crime, indiciários de depravação espiritual do agente: a) paga ou promessa de recompensa, ou outro motivo torpe (inc. I); b) motivo fútil (inc. II); c) para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (inc. V); d) feminicídio (inc. VI); e) contra autoridade ou agente de segurança *em decorrência da função*, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, *em razão dessa condição* (inc. VII). Outras são relativas ao modo de execução ou a outras circunstâncias de caráter objetivo: a) emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (inc. III); b) traição, emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (inc. IV); c) contra autoridade ou agente de segurança *no exercício da função* (inc. VII); d) emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido (inc. VIII); e) contra menor de 14 anos (inc. IX).

Motivo torpe: é o motivo vil, ignóbil, repugnante e abjeto. O próprio legislador começa o inc. I com exemplo de torpeza: homicídio mercenário, caso em que o agente mata mediante paga ou promessa de recompensa. Trata-se de delito de concurso necessário (ou bilateral), no qual é indispensável a participação de, no mínimo, duas pessoas: o mandante (aquele paga ou promete futura recompensa) e o executor (quem aceita, praticando o combinado).

Existe divergência na doutrina sobre se a qualificadora em tela é simples circunstância, com aplicação restrita ao executor do crime, que é quem mata motivado pela remuneração, ou se será aplicada também ao mandante, configurando verdadeira elementar subjetiva do tipo.

O STJ tem decisões tanto no sentido de que se trata de elementar, que, portanto, se comunica automaticamente ao mandante, quanto no sentido de que, embora não se trate de elementar, pode haver a comunicação, a depender do caso concreto:

“Não obstante a paga ou a promessa de recompensa seja circunstância accidental do delito de homicídio, de caráter pessoal e, portanto, incomunicável automaticamente a coautores do homicídio, não há óbice a que tal circunstância se comunique entre o mandante e o executor do crime, caso o motivo que levou o mandante a empreitar o óbito alheio seja torpe, desprezível ou repugnante. 2. Na espécie, o recorrido teria prometido recompensa ao executor, a fim de, com a morte da vítima, poder usufruir

vantagens no cargo que exercia na Prefeitura Municipal de Fênix. 3. Recurso especial provido, para reconhecer as apontadas violações dos arts. 30 e 121, § 2º, I, ambos do Código Penal, e restaurar a decisão de pronúncia, restabelecendo a qualificadora do motivo torpe, a fim de que o réu seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal” (REsp 1209852/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 02/02/2016);

“A qualificadora do homicídio mediante paga é elemento do tipo penal, estendendo-se também ao mandante do delito. Assim, não há falar em existência de constrangimento ilegal na comunicação ao paciente, autor intelectual do crime, da qualificadora prevista no inciso I, do § 2º do art. 121 do Código Penal – CP” (HC 291604/PI, Rel. Min. Ericson Marinho (desembargador convocado do TJ/SP), DJe 22/10/2015).

O tribunal também já decidiu que a qualificadora é incompatível com a posição de mandante, porque, para ele, o pagamento é a conduta que o integra no concurso de pessoas, mas não o motivo do crime:

“Inicialmente, segundo a jurisprudência desta Quinta Turma, os motivos do homicídio têm caráter eminentemente subjetivo e, dessa forma, não se comunicam necessariamente entre os coautores. Especificamente sobre a qualificadora da paga, este colegiado sedimentou a compreensão de que tal circunstância se aplica somente aos executores diretos do homicídio, porque são eles que, propriamente, cometem o crime “mediante paga ou promessa de recompensa”. Como consequência, o mandante do delito não incorre na referida qualificadora, já que sua contribuição para o cometimento do homicídio em concurso de pessoas, na forma de autoria mediata, é a própria contratação e pagamento do assassinato.

Existem precedentes mais antigos desta Turma em sentido contrário, permitindo a aplicação da qualificadora também ao mandante do homicídio. Nem se ignora que, na Sexta Turma, já se afirmou que “é possível a aplicação da qualificadora descrita no inciso I do § 2º do artigo 121 do Código Penal ao mandante do crime de homicídio” (HC n. 447.390/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 30/4/2019).

No entanto, como destaca a doutrina, os motivos do mandante - pelo menos em tese - podem até ser nobres ou mesmo se enquadrar no privilégio do § 1º do art. 121, já que o autor intelectual não age motivado pela recompensa; somente o executor direto é quem, recebendo o pagamento ou a promessa, a tem como um dos motivos determinantes de sua conduta. Há, assim, uma diferenciação relevante entre as condutas de mandante e executor: para o primeiro, a paga é a própria conduta que permite seu enquadramento no tipo penal enquanto coautor, na modalidade de autoria mediata; para o segundo, a paga é, efetivamente, o motivo (ou um dos motivos) pelo qual aderiu ao concurso de agentes e executou a ação nuclear típica.

E, como se sabe, a qualificadora prevista no inciso I do art. 121, § 2º, do CP, diz respeito à motivação do agente, tendo a lei utilizado, ali, a técnica da interpretação analógica. Vale dizer: o homicídio é qualificado sempre que seu motivo for torpe, o que acontece exemplificativamente nas situações em que o crime é praticado mediante paga ou promessa de recompensa, ou por motivos assemelhados a estes.

Em conclusão, como a paga não é o motivo da conduta do mandante, mas sim o meio de sua exteriorização, referida qualificadora não se aplica a ele.

O direito penal é regido pelo princípio da legalidade, de modo que considerações sobre justiça e equidade, ponderáveis que sejam, não autorizam o julgador a suplantiar eventuais deficiências do tipo penal. Outrossim, a jurisprudência mais recente deste colegiado tem se orientado pela inaplicabilidade da qualificadora ao mandante, forte nas razões de legalidade acima referidas." (REsp 1.973.397/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06/09/2022).

A vingança pode ou não ser torpe, dependendo do caso concreto, embora seja um ato reprovável. Nesse sentido, aliás, decidiu o STJ:

"4. O motivo do crime – ceifar a vida da vítima para vingar a morte do irmão –, embora reprovável, não pode ser considerado abjeto, repugnante e vil, afastando-se a torpeza como qualificadora do delito, por manifesta impropriedade. 5. A vingança como motivo é aquela que mais vivamente ofende a moralidade média, o senso ético social comum. É o motivo abjeto, repugnante, indigno. A realidade fática, as características do acontecimento, as peculiaridades relevantes e as condições das pessoas envolvidas é que nortearão o intérprete na acolhida ou na repulsa do gravame (REsp 1637001/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017). 6. Assim, A vingança, por si só, não substantiva o motivo torpe; a sua afirmativa, contudo, não basta para elidir a imputação de torpeza do motivo do crime, que há de ser aferida à luz do contexto do fato (STF, HC 83.309/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06/02/2004)" (REsp 1.816.313/PB, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 10/09/2019).

O STJ também tem decidido que o motivo torpe é compatível com o dolo eventual:

"A jurisprudência desta Corte reconhece a compatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras de ordem subjetiva, como o motivo torpe" (AgRg no HC 504.202/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 04/06/2019).

Motivo fútil: previsto no inc. II, é o motivo desproporcional, insignificante, caso em que o agente executa o crime por mesquinha. Não se deve confundir-lo com o motivo injusto. Este é elemento integrante do crime. Para que se reconheça a futilidade da motivação é necessário que, além de injusto, o motivo seja realmente insignificante.

Por fim, embora pudesse haver alguma divergência no passado, a Quinta e a Sexta Turmas do STJ têm admitido a compatibilidade do motivo fútil com o dolo eventual:

"HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. MOTIVO FÚTIL. DOLO EVENTUAL. COMPATIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Afigura-se possível a incidência (concomitante) da qualificadora insculpida no art. 121, § 2º, inciso II, do Estatuto Repressor com o dolo eventual presente na conduta do agente, quando predicada pela breve, prévia e insípida desavença deste com a vítima. 2. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp 468.049/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/03/2018).

"A jurisprudência desta Corte Superior entende não ser incompatível a qualificadora do motivo fútil com o dolo eventual, pois o dolo do agente, direto ou indireto, não se confunde com o motivo que ensejou a conduta capaz de colocar em risco a vida da vítima" (REsp 1.779.570/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/08/2019).

Com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum: o homicídio, nos termos do inc. III, é qualificado quando cometido com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso (dissimulado) ou cruel (aumenta inutilmente o sofrimento da vítima), ou de que possa resultar perigo comum (capaz de atingir número indeterminado de pessoas).

Este inciso também emprega fórmula casuística inicial e, ao final, usa fórmula genérica, permitindo ao seu aplicador encontrar casos outros que denotem insídia, crueldade ou perigo comum advindo da conduta do agente (interpretação analógica).

♦ **ATENÇÃO:** se a morte é o fim colimado pelo agente e a **tortura** é o meio empregado, o crime será homicídio qualificado, nos moldes do art. 121, § 2º, III (**crime doloso**). Se a tortura é o fim do agente, mas a morte adveio culposamente, o crime será tortura qualificada pela morte, art. 1º, § 3º da lei 9.455/97 (**crime preterdoloso**).

Há quem sustente que o emprego do meio cruel é incompatível com o dolo eventual, uma forma de dolo indireto ou indeterminado em que o agente revela *indiferença* em relação ao resultado possível. Seria impensável, sob essa ótica, que o indivíduo indiferente em relação à ocorrência da morte adotasse meio que, por sua natureza, pressupõe um caráter sádico sob o qual se busca matar a vítima submetendo-a a um sofrimento atroz. Mas o STJ não tem aderido a essa orientação:

"No caso, o acórdão recorrido, mantendo a sentença de pronúncia no que se refere à materialidade, à autoria e ao elemento subjetivo do agente (dolo eventual), afastou a qualificadora do meio cruel, ao entendimento de que, por servir de fundamento para a configuração do dolo eventual, os fatos que a princípio ensejariam a crueldade do meio não poderiam ser utilizados para qualificar o crime.

Tal entendimento não se harmoniza com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual não há falar em incompatibilidade entre o dolo eventual e a qualificadora do meio cruel (art. 121, § 2º, III, do CP). O dolo do agente, seja direto ou indireto, não exclui a possibilidade de o homicídio ter sido praticado com o emprego de meio mais reprovável, tais quais aqueles descritos no tipo penal relativo à mencionada qualificadora" (REsp 1.829.601/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 12/02/2020).

De acordo com o STJ, se o agente utiliza arma de fogo, a qualificadora relativa ao perigo comum pressupõe a reiteração de disparos ou, no mínimo, que o disparo efetuado tenha potencial para atingir várias pessoas:

"Para a qualificadora do art. 121, § 2º, III, do CP, o TJPR constatou indícios de que apenas um disparo apto a acertar

única pessoa foi direcionado aos participantes da festa, embora testemunhas tenham afirmado que ouviram mais de um disparo. A configuração do perigo comum por disparo de arma de fogo tem como pressuposto mais de um disparo direcionado aos presentes no local ou único disparo a eles direcionado com potencialidade lesiva apta para alcançar mais de um resultado, o que não foi constatado.” (REsp 1.836.556/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 15/06/2021)

À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido: qualifica o crime de homicídio utilizar o agente algum recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima, exemplificando o Código alguns modos particularmente insidiosos de praticá-lo, como a traição, emboscada e dissimulação, cabendo, desse modo, a interpretação analógica. Registramos que a idade da vítima (tenra ou avançada), por si só, não possibilita a aplicação da presente qualificadora, porquanto constitui característica da vítima, e não recurso procurado pelo agente (TJSP, RT 683/303).

Segundo o STJ, esta qualificadora – assim como a anterior – é compatível com o dolo eventual:

“1. A jurisprudência desta Corte e do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF oscila a respeito da compatibilidade ou incompatibilidade do dolo eventual no homicídio com as qualificadoras objetivas (art. 121, § 2º, III e IV). Precedentes. 1.1. Aqueles que compreendem pela incompatibilidade do dolo eventual com as qualificadoras objetivas do art. 121, § 2º, III e IV, do CP, escoram tal posição na percepção de que o autor escolhe o meio e o modo de proceder com outra finalidade, lícita ou não, embora seja previsível e admitida a morte. 1.2. Tal posicionamento, retira, definitivamente do mundo jurídico, a possibilidade fática de existir um autor que opte por utilizar meio e modo específicos mais reprováveis para alcançar fim diverso, mesmo sendo previsível o resultado morte e admissível a sua concretização. Ainda, a justificativa de incompatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras objetivas, inexistência de dolo direto para o resultado morte, se contrapõe à admissão nesta Corte de compatibilidade entre o dolo eventual e o motivo específico e mais reprovável (art. 121, § 2º, I e II, do CP). 1.3. Com essas considerações, elege-se o posicionamento pela compatibilidade, em tese, do dolo eventual também com as qualificadoras objetivas (art. 121, § 2º, III e IV, do CP). Em resumo, as referidas qualificadoras serão devidas quando constatado que o autor delas se utilizou dolosamente como meio ou como modo específico mais reprovável para agir e alcançar outro resultado, mesmo sendo previsível e tendo admitido o resultado morte” (REsp 1.836.556/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 15/06/2021).

Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: o inciso V enuncia hipóteses de conexão (vínculo) entre o crime de homicídio e outros delitos.

A doutrina subdivide a conexão em:

a) *teleológica*, em que o homicídio é praticado para *assegurar a execução* de outro crime, *futuro*. É o caso, por exemplo, de quem mata a babá para sequestrar a criança.

b) *consequencial*, em que o homicídio visa a *assegurar a ocultação*, a *impunidade* ou a *vantagem* de outro crime,

passado. Exemplos: 1) para assegurar a ocultação de uma fraude financeira cometida na empresa em que trabalha, o agente mata um funcionário que havia descoberto a conduta criminosa; 2) para garantir a impunidade do crime de estupro, o agente mata a vítima que o havia reconhecido; 3) buscando assegurar a vantagem obtida num roubo cometido em conluio, o agente mata seu comparsa.

Feminicídio: a Lei nº 13.104/15 inseriu o inciso VI para incluir no art. 121 o feminicídio, entendido como a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (leia-se, violência de gênero quanto ao sexo). A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade.

O § 2º-A foi acrescentado para esclarecer quando a morte da mulher deve ser considerada em razão da condição do sexo feminino: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O conceito de violência doméstica e familiar (inciso I) é obtido no art. 5º da Lei 11.340/06, isto é, assim se considera qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause a morte da mulher:

a) no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas: Agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas integrantes dessa aliança (insere-se, na hipótese, a agressão do patrão em face da empregada). A respeito, temos a lição de Damásio de Jesus e Hermelino de Oliveira:

“não se pode afirmar que essas normas foram expressas visando à proteção da empregada doméstica. De ver-se, entretanto, que não se pode dizer que a excluíram de sua incidência, até porque o mandamento constitucional proíbe a violência no âmbito das relações familiares. A questão é saber se a empregada doméstica insere-se nesse contexto, uma vez que a nova lei ordinária delimita o campo da sua incidência como sendo o ‘espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas’ (...) Para que se possa opinar sobre a questão proposta, é também necessário lembrar o conceito legal de empregado doméstico como sendo ‘aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas’ (art. 1º da Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972). Essa prestação de serviços no seio das famílias e no ambiente residencial é que justifica o tratamento legal dado à relação de trabalho doméstico e sua forma de proteção (...). A propósito, os escritores nunca desprezaram os empregados domésticos. No passado, encontramos a figura do mordomo fiel, que muito se prestou a tantas peças literárias, sendo, amiúde, a chave do deslinde de histórias policiais misteriosas. Hoje, diante das transformações da família e da vida moderna, a figura da empregada da casa passou a ser objeto de peças teatrais, algumas de muito sucesso, aparecendo como protagonista principal do enredo, tal o seu envolvimento

com a vida das pessoas da residência. De se concluir, pois, que ela merece a proteção da Lei 11.340/2006” (*A empregada doméstica e a Lei Maria da Penha*. Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/13261-13262-1-PB.pdf]. Acesso em: 24/11/2016).

Nesses ambientes são comuns as abordagens sexuais, e o STJ já decidiu pela aplicação da Lei Maria da Penha em crime de assédio sexual contra empregada doméstica:

“Assédio sexual. Lei Maria da Penha. Crime cometido contra empregada doméstica. Condição de vulnerabilidade comprovada. Coabitação entre agressor e vítima. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Requisitos atendidos. Competência do juízo especializado. Omissão. Inocorrência. Rediscussão do julgado. Impossibilidade. Aclaratórios rejeitados” (EDcl no HC 500.314/PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15/08/2019).

b) no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa: A violência no âmbito da família engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção).

c) em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação: O inc. III do art. 5º da Lei 11.340/06, de forma ampla (tornando, ao que parece, dispensáveis os incisos anteriores) etiquetou como violência “doméstica” qualquer agressão inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, fundado em camaradagem, confiança, amor etc.

Para alguns, não sem razão, a extensão do dispositivo (relação de intimidade) extrapolou o espírito dos tratados ratificados pelo Brasil – mais restritos –, protegendo a mulher de forma diferenciada somente no seu ambiente doméstico. Neste sentido, escreve Guilherme de Souza Nucci:

“Cremos ser inaplicável o disposto no inc. III do art. 5º, desta lei, para efeitos penais. Na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, no art. 2º, § 1º [*rectius*: alínea *a*], prevê-se que a violência contra a mulher tenha ocorrido ‘dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual’. Logo, é bem menos abrangente do que a redação do inc. III do art. 5º da Lei 11.340/2006. Exige-se, no texto da Convenção, a existência de coabitação atual ou passada. Na Lei 11.340/2006 basta a convivência presente ou passada, independentemente de coabitação. Ora, se agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do disposto no inc. III” (*Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2006. p. 865).

Não obstante, o dispositivo vem sendo aplicado normalmente. E o STJ inclusive editou a súmula 600 para

afastar qualquer dúvida de que a lei incide independentemente de coabitação:

“Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima”.

Ainda de acordo com o art. 5º, as relações pessoais nele enunciadas independem de orientação sexual (parágrafo único). Notável a inovação trazida pela lei neste dispositivo legal, ao prever que a proteção à mulher contra a violência independe da orientação sexual dos envolvidos. Vale dizer, em outras palavras, que também a mulher homossexual, quando vítima de ataque perpetrado pela parceira, no âmbito da família – cujo conceito foi nitidamente ampliado pelo inc. II, deste artigo, para incluir também as relações homoafetivas – encontra-se sob a proteção do diploma legal em estudo.

No inciso II, que trata do menosprezo e da discriminação à condição de mulher, o tipo se torna aberto, pois compete ao julgador estabelecer, diante do caso concreto, se o homicídio teve como móvel a diminuição da condição feminina. Ao contrário do inciso I, não há nada, senão as circunstâncias do fato, em que seja possível se escorar para verificar se a qualificadora se caracterizou.

Como forma de driblar a conclusão pela inconstitucionalidade da Lei 11.340/06 – que dispensa tratamento desigual em razão do gênero –, definimos violência doméstica como sendo a agressão contra mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando da sua hipossuficiência. Como bem salientou o Conselho da Europa, trata-se de “qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meio de enganos, ameaças, coação ou qualquer outro meio, a qualquer mulher, e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, mental e moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais” (*Violência contra a mulher*. Disponível em: [www.fjuventude.pt] Acesso em: 10.11.2006).

Apesar de alguns preconizarem a necessidade da habitualidade, não nos parece correto, considerando não somente o espírito dos tratados, mas do próprio legislador pátrio ao tipificar como violência doméstica “qualquer ação ou omissão”; aliás, exigir habitualidade é admitir que o Estado deva tolerar, antes de agir, uma agressão.

Em conjunto com a conceituação da violência doméstica e familiar contra a mulher, nos arts. 2º e 3º a Lei 11.340/06 reforça os direitos e garantias fundamentais da mulher. Os artigos em comento anunciaram o óbvio, explicitando os direitos fundamentais de qualquer mulher (direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária),

independentemente da sua classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião. Observa Guilherme de Souza Nucci:

“O óbvio não precisa constar em lei, ainda mais se está dito, em termos mais adequados, pelo texto constitucional de maneira expressa e, identicamente, em convenções internacionais, ratificadas pelo Brasil, em plena vigência. De outro lado, o extenso rol de classificações realizado é, também, pueril, pois, quanto mais se busca descrever, sem generalizar, há o perigo de olvidar algum termo, dando brecha a falsas interpretações. Inseriu-se ‘independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião’. Omitiu o legislador, por exemplo, os termos ‘cor’ e ‘origem’ (existentes no art. 3º, IV, CF) e a expressão ‘procedência nacional’ (art. 1º, *caput*, da Lei 7.716/1989). Por acaso mulheres de ‘cores’ diversas gozam de direitos humanos fundamentais diversificados?” (*Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2006. p. 861).

No entanto, no caso presente (proteção da mulher), a obviedade tem razão de ser, como bem alertam Helena Omena Lopes e Mônica de Melo:

“É inegável, historicamente, que a construção legal e conceitual dos direitos humanos se deu, inicialmente, com a exclusão da mulher. Embora os principais documentos internacionais de direitos humanos e praticamente todas as Constituições da era moderna proclamem a igualdade de todos, essa igualdade, infelizmente, continua sendo compreendida em seu aspecto formal e estamos ainda longe de alcançar a igualdade real, substancial entre mulheres e homens. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi, dentre as Convenções da ONU, a que mais recebeu reservas por parte dos países que a ratificaram. E em virtude da grande pressão das entidades não governamentais é que houve o reconhecimento de que os direitos da mulher também são direitos humanos, ficando consignado na Declaração e Programa de Ação de Viena (item 18) que: ‘Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. (...)’” (*Série Estudo*, nº 11, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, out. 1998, p. 373).

Pode figurar como vítima do feminicídio pessoa transexual?

Inicialmente, como bem ressaltam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,

“o transexual não se confunde com o homossexual, bissexual, intersexual ou mesmo com o travesti. O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica. Nesse quadro, a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação do seu estado físico e psíquico” (*Direito civil – Teoria geral*, p. 115).

Discute-se, então, se a transexual (mulher trans) pode ser vítima de *feminicídio* e quais são os requisitos para que isso seja admitido.

Há, basicamente, duas orientações: a primeira, conservadora, entende que a transexual, geneticamente, não é

mulher (apenas, em certos casos, passa a ter órgão genital de conformidade feminina), o que, portanto, impede a proteção especial; já para uma corrente mais moderna, desde que a pessoa transexual transmute suas características sexuais (por cirurgia de modo irreversível), deve ser encarada de acordo com sua nova realidade morfológica, eis que a jurisprudência admite, inclusive, a retificação de registro civil.

A tendência é francamente favorável à admissão da transexual como vítima do feminicídio. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, julgando recurso em sentido estrito, confirmou sentença de pronúncia que havia admitido a qualificadora no homicídio de uma transexual:

“[...] Cumpre argumentar que, na visão desta relatora, esta é uma tendência mundial, a qual o Brasil não pode engatar ritmo indolente a fim de fazer ‘vistas grossas’ a uma problemática cotidiana da sociedade global.

Consigna-se, uma vez mais, a necessidade de oxigenação do ordenamento jurídico, pois o direito deve adequar-se à realidade do fato social e às mudanças de paradigmas.

Desse modo, tem-se que a expressão ‘razões da condição do sexo feminino’, contida no art. 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, deve ser interpretada extensivamente aos casos de pessoas transgêneras, sobretudo pela dignidade da pessoa humana, nos casos em que houver menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Volvendo atenção ao caso em tela, segundo o depoimento judicial prestado pela Delegada de polícia Salete Mariano Teixeira, há indícios nos autos de que o recorrente poderia ter praticado o delito em decorrência da vítima trocar mensagens com o ex-namorado.

Acerca da incidência da qualificadora do feminicídio na baila, sublinha-se que o caderno processual apontou, indiciariamente, que a vítima era conhecida socialmente e sentia-se como mulher, ainda que não tenha realizado a cirurgia de redesignação sexual.

Nesse norte, o Procurador de Justiça destacou (fl. 687): Destarte, no caso em apreço, tem-se indubitável que a vítima era socialmente reconhecida e sentia-se como mulher, ainda que não tenha se submetido a cirurgia de redesignação sexual. E como muito bem salientou o douto Promotor de Justiça André Otávio Vieira de Mello, em sede de suas contrarrazões, o Código Penal, ao tipificar o homicídio qualificado pelo feminicídio, não restringiu o sujeito passivo do crime como as pessoas que nasceram com o sexo biológico feminino, mas abrangeu todas as pessoas que são ou estão condicionadas ao sexo feminino. Ou seja, a condição de sexo feminino abarca todas as pessoas cujo modo de ser é socialmente visto como sendo feminino. Desta feita, tendo em vista que o crime foi cometido dentro da unidade doméstica e familiar, em decorrência de relacionamento amoroso existente entre o réu e a vítima, deve permanecer a qualificadora do crime em apreço. Logo, havendo suporte no conjunto probatório capaz de configurar as qualificadoras previstas nos incisos IV e VI, c/c § 2º-A, I, do art. 121, § 2º, do Código Penal, as mesmas devem ser mantidas na pronúncia do acusado, possibilitando que o Juiz natural da causa, isto é, o Tribunal de Júri, sobre elas se pronuncie, em homenagem ao princípio *in dubio pro societate*.

Portanto, mostra-se viabilizada a aplicação da qualificadora do feminicídio, porquanto há demonstração indiciária da sua presença” (RESE 0008712-37.2018.8.24.0023, Rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 30/01/2020).

Nesse caso, indaga-se: são obrigatórias a cirurgia de redesignação e a retificação do registro civil?

É preciso lembrar que a Resolução 11/2014 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, órgão ligado ao Ministério dos Direitos Humanos, estabelece os parâmetros para a inclusão dos itens “orientação sexual”, “identidade de gênero” e “nome social” nos boletins de ocorrência emitidos pelas autoridades policiais no Brasil. Considera-se nome social aquele pelo qual travestis e transexuais se identificam e são conhecidos pela sociedade. Assim, quando atendidos em uma Delegacia de Polícia, lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais podem indicar, no respectivo boletim de ocorrência, sua orientação sexual e sua identidade de gênero e, demais disso, apontar o nome social pelos quais são conhecidos.

Ainda nessa linha de raciocínio, vale destacar o teor do Decreto 8.727/16, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Consta do art. 3º desse diploma que “os registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo ‘nome social’ em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos”. Destaca-se ainda o entendimento do STF na análise da ADI 4.275 (j. 01/03/2018), quando a Corte, por maioria de votos, “julgu procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil”.

É de se ressaltar que, antes mesmo dessas iniciativas, decisões de tribunais começaram a se multiplicar no sentido de aplicar a Lei Maria da Penha a casais transexuais, reconhecendo a mulher trans como vítima de violência doméstica, bastando a autodeclaração do gênero feminino, independentemente de ter se submetido à ablação do órgão genital ou mesmo oficializado a alteração em seu registro civil, sendo suficiente que a violência sofrida se configure em razão da condição de vulnerabilidade, acarretada pela discriminação centrada na identidade do gênero feminino no contexto das relações domésticas, familiares e afetivas. Assim é o Enunciado 46 do FONAVID:

“A Lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/2006”.

Diferenciando os conceitos de gênero e sexo, o STJ já decidiu que é possível aplicar as disposições da Lei Maria da Penha às mulheres trans, que, como as nascidas com o sexo feminino, podem ser vulneráveis e submetidas à violência doméstica e familiar:

“A aplicação da Lei Maria da Penha não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida.

Importa enfatizar que o conceito de gênero não pode ser empregado sem que se saiba exatamente o seu significado e de tal modo que acabe por desproteger justamente quem a Lei Maria da Penha deve proteger: mulheres, crianças, jovens, adultas ou idosas e, no caso, também as trans.

Para alicerçar a discussão referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Penha quando tratar-se de mulher trans, necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da Lei em comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher.

A balizada doutrina sobre o tema leva à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina. Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres. Uma análise de gênero pode se limitar a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado. Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que, o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero. Em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher trans mulher é.

Estabelecido entendimento de mulher trans como mulher, para fins de aplicação da Lei n. 11.340/2006, vale lembrar que a violência de gênero é resultante da organização social de gênero, a qual atribui posição de superioridade ao homem. A violência contra a mulher nasce da relação de dominação/subordinação, de modo que ela sofre as agressões pelo fato de ser mulher.

Com efeito, a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em argumentos simplistas e reducionistas.

Assim, é descabida a preponderância de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, com todo o seu arcabouço protetivo, inclusive a competência jurisdicional para julgar ações penais decorrentes de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres.” (Processo sob segredo judicial, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 05/04/2022)

Na mesma esteira há decisão da Justiça acreana, proferida em 25/07/2016 pelo Juízo da Vara de Proteção à Mulher da Comarca da Capital, que impôs medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha em favor de uma transexual vítima de violência doméstica. Na decisão, o

magistrado considerou que o sexo biológico de nascimento (masculino) não poderia impedir que a vítima, com identidade sexual feminina, fosse reconhecida como mulher e “sujeito de proteção da Lei Maria da Penha”. Destacando a necessidade de proteção às minorias, argumentou, ainda, que:

“[...] partindo da lógica das garantias dos direitos fundamentais, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, considerando ainda a evolução histórica dos direitos humanos consagrada nos pactos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, entendo que devemos dar amplitude ao sujeito de direito protegido pela norma da Lei Maria da Penha para proteger também as lésbicas, os travestis e os transexuais contra agressões praticadas pelos seus companheiros ou companheiras” (Tribunal de Justiça do Acre, disponível em <https://www.tjac.jus.br>, acesso em 28/07/20).

Em outro caso emblemático, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no ano de 2017, em julgamento de recurso interposto pelo Ministério Público, sob o argumento de que a noção de gênero extrapola o sexo biológico da vítima, interpretou o artigo 5º da Lei Maria da Penha de modo a possibilitar proteção especial também às mulheres transexuais em situação de violência doméstica, garantindo os seus direitos fundamentais (Fonte: MPMG, disponível em <https://www.mpmg.mp.br>, acesso em 28/07/20).

No mesmo sentido, medidas protetivas e outras decisões judiciais são proferidas, inclusive para enquadramento do feminicídio, exigindo-se os requisitos básicos de que a violência se dê em razão dos vínculos de afeto, familiares ou domésticos entre as partes, e que a vítima apresente a identificação com o gênero feminino, enfatizando a situação de dupla vulnerabilidade da mulher trans, seja por causa da assumida condição feminina, seja por pertencer a um grupo ainda estigmatizado pela sociedade.

A 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento a recurso interposto pelo Ministério Público para determinar que um procedimento que investigava crimes de ameaça e lesões corporais contra transexual feminina tramitasse no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação das normas protetivas decorrentes da Lei Maria da Penha, destacando o argumento de que:

“O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher” (RESE 0006926-72.2017.8.07.0020, Rel. Des. George Lopes, j. 05/04/2018).

No Estado de São Paulo, a questão motivou alteração do Decreto 29.981/89, que estabelece as atribuições das Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher. O Decreto 65.127/20 atualizou a norma anterior, substituindo o sujeito passivo “pessoa do sexo feminino” por “pessoas com

identidade de gênero feminino”. Note-se que, na prática, o atendimento policial especializado dessas delegacias já era realizado normalmente, independentemente da formalização das atribuições contidas no novo decreto estadual.

Nota-se, dessa forma, que todo o sistema de proteção vem sendo estruturado de forma a dispensar a intervenção cirúrgica e até mesmo a retificação de registro para que a transexual seja considerada mulher, o que certamente reflete na interpretação da lei penal no que se refere à incidência da qualificadora do feminicídio.

Ressaltamos, por fim, que a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Mesmo no caso do inciso I do § 2º-A, o fato de a conceituação de violência doméstica e familiar ser um dado objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade. Isso porque o § 2º-A é apenas explicativo; a qualificadora está verdadeiramente no inciso VI, que, ao estabelecer que o homicídio se qualifica quando cometido por **razões da condição do sexo feminino**, deixa evidente que isso ocorre pela motivação, não pelos meios de execução.

Mas, logo em seguida à inserção da qualificadora no Código Penal, tivemos decisão pioneira do TJDFT em sentido contrário, argumentando que a qualificadora é objetiva:

“A inclusão da qualificadora agora prevista no art. 121, § 2º, inciso VI, do CP, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a *ratio essendi* da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. 3 Recurso provido.” (Acórdão n.904781, 20150310069727RSE, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 29/10/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 105)

O STJ tem seguido o mesmo passo, com decisões semelhantes em ambas as Turmas com competência criminal:

“2. Não há dúvidas acerca da natureza subjetiva da qualificadora do motivo torpe, ao passo que a natureza do feminicídio, por se ligar à condição especial da vítima, é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea. 3. É inviável o afastamento da qualificadora do feminicídio mediante a análise de aspectos subjetivos da motivação do crime, dada a natureza objetiva da referida qualificadora, ligada à condição de sexo feminino.” (REsp 1.739.704/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi,

de dados, ato que só pode ser praticado simultaneamente à comunicação.

Majorantes: nos termos do § 2º, aumenta-se a pena de 1/3 a 2/3 se da invasão resulta prejuízo econômico para a vítima.

Anuncia o § 4º que o crime qualificado (§ 3º) tem a pena majorada de 1/3 a 2/3 se há divulgação (propagação, tornar público ou notório), comercialização (atividade relacionada à intermediação ou venda) ou transmissão (transferência) a terceiros, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

Pela posição topográfica, percebe-se que o § 2º incide nas figuras previstas no caput e no § 1º; já o aumento do § 4º, por sua expressa disposição, recai na forma qualificada.

Sobre o delito, indagou a banca do concurso para a carreira do Ministério Público de São Paulo, em 2013:

DISCURSIVA

♦ **(MPE-SP – Promotor de Justiça – SP/2013)** Seguindo a sistemática dos Códigos Penais Comentados e da Doutrina que esquematiza ou compendia a aplicação da Parte Especial do Código Penal, analise o art. 154-A, “caput”, e os seus §§ 2º, 3º e 4º, todos do Código Penal, sob os seguintes aspectos: a) sujeitos ativo e passivo; objetividades jurídica e material; elementos subjetivos; consumações e formas tentadas; figuras qualificadas; causas de aumento de pena; ação penal; e confronto com o art. 10 da Lei nº 9.296/96; b) a tipicidade tanto do monitoramento de redes sociais realizado indevidamente por órgãos de segurança (brasileiros e norte-americanos) ou por pais ou parceiros afetivos (com obtenção indevida da senha); como da divulgação por jornal de notícia relevante fornecida ao jornalista por fonte protegida, a qual, violando dispositivo informático, obteve o conteúdo dos registros de comunicações eletrônicas privadas de interesse público ali existentes.

AÇÃO PENAL

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

1. BREVES COMENTÁRIOS

A ação penal, em regra, é condicionada à representação da vítima, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes

da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos, hipóteses em que a ação será pública incondicionada.

▼ TÍTULO II – DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

▼ CAPÍTULO I – DO FURTO

FURTO

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º – A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º – Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de

detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º – Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

FURTO QUALIFICADO

§ 4º – A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II – com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III – com emprego de chave falsa;

IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 4º-A A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

§ 4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso:

I – aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;

II – aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.

§ 5º – A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

§ 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.

§ 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Objetividade jurídica: o crime em estudo protege não apenas a propriedade, mas também a posse e a detenção legítima de coisa móvel.

♦ **ATENÇÃO:** ladrão que subtrai ladrão pratica furto, tendo como vítima, porém, o real dono da coisa (legítimo possuidor).

Sujeito ativo: qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do furto, salvo o próprio dono da coisa. Para a maioria, conforme o caso, haverá o delito de exercício arbitrário das próprias razões (arts. 345 e 346, ambos do CP).

Já Magalhães Noronha, argumentando seu escólio com um interessante caso de direito real de garantia (penhor), afirma haver furto, pois, a despeito de ter ocorrido subtração de coisa própria, há um sujeito ativo (o dono), um sujeito passivo (o credor), uma ação criminosa (o apoderamento), um objeto material (a coisa) e há lesão a um bem jurídico (o direito real de garantia do credor), afastando-se, desse modo, a incidência do art. 346 do CP (Código Penal brasileiro comentado cit., v. 5, 1ª parte, p. 56).

Subtrair o condômino, coerdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum, configura o crime do art. 156 do CP.

Sujeito passivo: qualquer pessoa, física ou jurídica, proprietária, possuidora ou detentora da coisa assenhorada.

Conduta: é punível a subtração, a retirada da coisa de quem a detém.

Da análise do tipo em estudo, fica claro que o objeto material do crime deve ser coisa alheia móvel, economicamente apreciável. O interesse apenas moral da coisa, segundo alguns, também configura o crime, pois não deixa de integrar o patrimônio de alguém. Nucci, contudo, discorda, assim argumentando seu posicionamento:

“coisa puramente de estimação: entendemos não ser objeto material do crime de furto, pois é objeto sem qualquer valor econômico. Não se pode conceber seja passível de subtração, penalmente punível, por exemplo, uma caixa de fósforo vazia, desgastada, que a vítima possui somente porque lhe foi dada por uma namorada, no passado, símbolo de um amor antigo. Caso seja subtraída por alguém, cremos que a dor moral causada no ofendido deve ser resolvida na esfera civil, mas jamais na penal, que não se presta a esse tipo de reparação.” (ob. cit. p. 666).

A coisa deve ser **alheia:**

Apoderamento de	Consequência
Coisa de ninguém (<i>res nullius</i>)	Fato atípico
Coisa abandonada (<i>res derelicta</i>)	
Coisa perdida (<i>res deperdita</i>)	Haverá crime de apropriação de coisa achada (art. 169, parágrafo único, II, do CP), pois apesar de alheia, não há subtração, mas apropriação.

A coisa deve ser **móvel**. Para fins penais são considerados coisas móveis os bens capazes de ser transportados de um local para outro sem que percam sua real identidade (os navios, aeronaves e os materiais separados provisoriamente de um prédio, ao contrário do direito civil, são móveis para o direito penal).

Alerta Cezar Roberto Bitencourt:

“Os direitos, reais ou pessoais, não podem ser objeto de furto. Contudo, os títulos ou documentos que os constituem ou representam podem ser furtados ou subtraídos de seus titulares ou detentores” (Tratado de direito penal: parte especial, v. 3, p. 5).

Furto famélico: a jurisprudência reconhece o estado de necessidade (art. 24 do CP), desde que presentes os seguintes requisitos:

- 1) Que o fato seja praticado para mitigar a fome
- 2) Inevitabilidade do comportamento lesivo
- 3) Subtração de coisa capaz de diretamente contornar a emergência
- 4) Insuficiência dos recursos adquiridos ou impossibilidade de trabalhar

Tipo subjetivo: pune-se a vontade consciente de apoderar-se definitivamente de coisa alheia, para si ou para outrem (*animus rem sibi habendi*).

Furto de uso: consiste na subtração de coisa apenas para usá-la momentaneamente, devolvendo-a, logo em seguida, ao real proprietário. Faltando *animus furandi*, configura-se um indiferente penal, desde que:

Furto de uso	a) intenção, desde o início, de uso momentâneo da coisa subtraída;
	b) coisa não consumível;
	c) sua restituição imediata e integral à vítima.

♦ **ATENÇÃO:** muito embora atípico no Código Penal, o furto de uso é crime no Código Penal Militar (art. 241).

Consumação e tentativa: quanto à consumação, existem quatro correntes:

	Consumação
Contrectatio	Dá-se pelo simples contato entre o agente e a coisa (dispensa-se o deslocamento).
Amotio (ou apprehensio)	Dá-se quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independentemente de deslocamento ou posse mansa e pacífica – Adotada pelo STF e STJ.
Ablatio	Dá-se com o deslocamento da coisa de um lugar para outro.
Ilatio	A coisa deve ser levada ao local desejado pelo ladrão para ser mantida a salvo.

Hungria destaca existirem circunstâncias em que o furto deve ser considerado consumado mesmo que a res furtiva permaneça no âmbito pessoal ou profissional da vítima.

“É o caso, por exemplo, da criada que sub-repticiamente empolga uma jóia da patroa e a esconde no seio ou mesmo algum escaninho da casa, para, oportunamente, sem despertar suspeitas, transportá-la a lugar seguro” (ob. cit., vol. VII, p. 27).

A tentativa é possível.

A instalação de sistema de vigilância pode tornar impossível a consumação do furto?

Não são poucos os casos julgados em que acusados pela prática do crime de furto em estabelecimentos comerciais sustentam que sua conduta seria, na realidade, absolutamente incapaz de alcançar o resultado visado e, portanto, de atingir o patrimônio da vítima. Assim o fazem baseados no fato de que os sistemas de vigilância instalados especialmente em estabelecimentos de grande porte tornam impossível a consumação. Com efeito, sustentam, redes de câmeras, seguranças circulando pelo interior e alarmes nas portas impedem de maneira incontornável a fuga com a *res furtiva*.

O entendimento dominante, todavia, é de que a só instalação de sistemas de vigilância não torna impossível a consumação do crime, tanto que o STJ editou a súmula nº 567 neste exato sentido:

“Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto”.

O aparato de segurança de fato dificulta a prática do crime patrimonial, mas não pode ser encarado como um impeditivo. Mas, ainda assim, há quem argumente que o fato de a simples instalação de sistemas de segurança não tornar impossível a consumação não significa que, no caso concreto, a consumação seja sempre possível. É preciso aquilatar o caso concreto para saber se o meio utilizado era absoluta ou relativamente ineficaz.

Com base nisso, em 22 de agosto de 2017 o STF concedeu *habeas corpus* em dois casos em que, segundo observou o relator – min. Dias Toffoli –, “a forma específica mediante a qual os funcionários dos estabelecimentos exerceram a vigilância direta sobre os acusados, acompanhando ininterruptamente todo o trajeto de suas condutas, tornou impossível a consumação do crime, dada a ineficácia absoluta do meio empregado”. Mas, ressaltou, a conclusão pela atipicidade depende sempre da análise pormenorizada das circunstâncias do caso concreto (HC 844.851/SP e RHC 144.516/SC).

A decisão, *data maxima venia*, parece-nos equivocada por absoluta falta de fundamento legal.

Sabemos que o crime impossível pode ocorrer de duas formas: por absoluta impropriedade do objeto material ou por absoluta ineficácia do meio empregado pelo agente. A impropriedade deve ser **inerente** ao objeto, assim como a ineficácia deve ser **inerente** ao meio empregado. Daí porque se diz, no primeiro caso, impossível o homicídio se a pessoa visada já estava morta no momento em que ocorreu a ação, porque a vida, característica inerente à pessoa e que a torna apta a ser vítima de homicídio, já não

existia. Daí também a razão de dizer, quanto à ineficácia do meio, que a arma de brinquedo jamais consumaria o homicídio, porque lhe falta a característica inerente às armas de fogo: a capacidade de efetuar disparos.

Ocorre que o sistema de vigilância **não é inerente** ao meio empregado – e tampouco ao objeto material –, mas é algo completamente externo, que, portanto, não pode ser considerado para caracterizar o crime impossível nos moldes em que dispõe o art. 17 do Código Penal. Com efeito, o fato de haver um sistema de vigilância em torno de um objeto **não modifica** sua natureza nem tem absolutamente nenhuma relação com o meio eleito pelo agente.

Suponhamos que alguém planeje o furto de uma joia valiosíssima exposta em uma joalheria dotada dos mais modernos aparatos de segurança: câmeras, sensores e agentes armados. O furtador se infiltra entre os seguranças e conta com a colaboração de um comparsa para desativar as câmeras e os sensores. É evidente que o sucesso do furto, nessas circunstâncias, é difícilíssimo, mas não se pode dizer, de forma nenhuma, que a consumação é impossível porque o meio eleito é absolutamente ineficaz. Ora, ao contrário: o meio, no caso, é o **usual** para que se cometa um furto. O fato de haver algo externo que possa dificultar a prática do crime **não tem o poder** de modificar a natureza da forma como ele é praticado. Quando se diz que o crime é impossível por absoluta ineficácia do meio, isso quer dizer que **em qualquer situação** o meio de que lança mão o agente seria incapaz de provocar o resultado. Alguém que, querendo matar outra pessoa com algumas gotas de veneno, adiciona por engano no café algumas gotas de água **não pode, em nenhuma hipótese**, consumir o homicídio. Mas alguém que, querendo furto, planeja burlar o sistema de segurança, **pode consumir** o furto lançando mão desse meio, exatamente porque o sistema de segurança, não obstante seja um fator que dificulta a consumação, não tem nenhuma relação com a natureza do meio como o delito é cometido.

Sobre o tema, indagou a banca do concurso para a carreira do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, em 2011:

DISCURSIVA

♦ (MPE-MS – Promotor de Justiça – MS/2011) No dia 12 de dezembro de 2010, por volta das 16h00, SOLANGE BOA VIDA, acompanhada de dois comparsas, adentrou à loja Variedades Eletrônicas Ltda., localizada na cidade de Dourados/MS, e subtraiu um IPAD, colocando-o no interior de uma sacola. Os dois comparsas distraíram o vendedor da loja, mas um dos fiscais percebeu a subtração e prendeu em flagrante a autora do delito, momento em que os outros dois empreenderam fuga. Considerando que o estabelecimento comercial dispunha de equipamento de vigilância eletrônica e forte monitoração por parte de eficientes prepostos, há, na hipótese em tela, adequação ao tipo penal qualificado?

Causa de aumento de pena: § 1º – Pune-se mais severamente o crime quando praticado no período em que

a localidade costumeiramente recolhe-se para o repouso diário.

Pensamos que o aumento depende de o crime ser praticado em *local de moradia* (não necessariamente imóvel, podendo, por exemplo, ser um *trailer*), habitado e com seus moradores repousando. O STJ, contudo, firmou a seguinte tese:

“(…) 4. Delimitadas as teses jurídicas para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: 1. Nos termos do § 1º do art. 155 do Código Penal, se o crime de furto é praticado durante o repouso noturno, a pena será aumentada de um terço. 2. O repouso noturno compreende o período em que a população se recolhe para descansar, devendo o julgador atentar-se às características do caso concreto. 3. A situação de repouso está configurada quando presente a condição de sossego/tranquilidade do período da noite, caso em que, em razão da diminuição ou precariedade de vigilância dos bens, ou, ainda, da menor capacidade de resistência da vítima, facilita-se a concretização do crime. 4. São irrelevantes os fatos das vítimas estarem, ou não, dormindo no momento do crime, ou o local de sua ocorrência, em estabelecimento comercial, via pública, residência desabitada ou em veículos, bastando que o furto ocorra, obrigatoriamente, à noite e em situação de repouso.” (REsp 1.979.989/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 22/06/2022).

♦ **ATENÇÃO:** o STJ vinha decidindo ser possível a aplicação da majorante também no furto qualificado, pois não se vislumbrava incompatibilidade entre essa circunstância e aquelas que qualificam o delito, nem tampouco prejuízo para a dosimetria da pena. Além disso, não se justificava a imposição de óbice porque, lançando mão de critério de interpretação semelhante, o tribunal assentara ser possível aplicar sobre o furto qualificado o privilégio do § 2º do art. 155 (HC 306.450/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/12/2014; AgRg no REsp 1.658.584/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03/05/2017). O STF também chegou a decidir no mesmo sentido (HC 130.952/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20/02/2017). Mas, em julgamento proferido no rito do recursos repetitivos, a Terceira Seção do STJ firmou orientação de que o aumento se restringe ao furto simples:

“1. Na formulação de precedente judicial, sobretudo diante de sua carga vinculatória, as orientações jurisprudenciais, ainda que reiteradas, devem ser reexaminadas para que se mantenham ou se adêquem à possibilidade de evolução de entendimento. 2. A interpretação sistemática pelo viés topográfico revela que a causa de aumento de pena relativa ao cometimento do crime de furto durante o repouso noturno, prevista no art. 155, § 1º, do CP, não incide nas hipóteses de furto qualificado, previstas no art. 155, § 4º, do CP. 3. A pena decorrente da incidência da causa de aumento relativa ao furto noturno nas hipóteses de furto qualificado resulta em quantitativo que não guarda correlação com a gravidade do crime cometido e, por conseguinte, com o princípio da proporcionalidade. 4. Tese jurídica: A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º). 5. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 1.890.981/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25/05/2022)

Furto privilegiado (ou mínimo): § 2º – A aplicação do privilégio precisa obedecer a dois critérios: ser o agente **primário** (não reincidente, ainda que tenha no passado várias condenações) e de **pequeno valor** a coisa subtraída (aquela que não ultrapassa a importância de um salário mínimo – RT 657/323). O pequeno valor do prejuízo (requisito do furto privilegiado) não se confunde com o prejuízo insignificante. Este, se presente, exclui a tipicidade (material).

Sobre o tema, indagou a banca do concurso para a carreira do Ministério Público de São Paulo, em 2008:

DISCURSIVA

♦ **(MPE-SP – Promotor de Justiça – SP/2008)** O furto privilegiado constitui crime de bagatela? Justifique.

♦ **ATENÇÃO:** o posicionamento tradicional do STF e do STJ era no sentido de que a causa de diminuição de pena (§ 2º) não se aplicava ao furto qualificado (§ 4º). Além da gravidade do crime qualificado, a posição topográfica do privilégio indicava a intenção do legislador de vê-lo aplicado somente ao furto simples e noturno (RT 608/446, 609/354 e 617/336). Contudo, este entendimento mudou, e os Tribunais Superiores vêm admitindo a combinação dos parágrafos (STF: RHC 115.225/DF; STJ: HC 183.687/RS; todavia, o STF considerou impossível o privilégio ao julgar, em 09/08/2016, o RHC 117.004/DF). O STJ editou a súmula nº 511 neste exato sentido: “É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva”. Nota-se que o enunciado destaca a aplicação do privilégio somente diante de qualificadoras objetivas. A ressalva foi feita porque, de acordo com a jurisprudência do tribunal, o abuso de confiança e a fraude têm natureza subjetiva (neste sentido: HC 200895/RJ, DJe 27/05/2013; HC 462.322/SC, j. 27/11/2018). Da ressalva, contudo, ousamos discordar. Para nós, todas as qualificadoras do furto são objetivas, relacionadas com o meio/mofo de execução do crime, conciliáveis com o privilégio. Inclusive a fraude cometida por meio eletrônico ou informático se insere nessa categoria, e, atendidos os requisitos do § 2º, pode ter a pena diminuída.

Furto de energia (§ 3º): como ajustar ao ordenamento penal a subtração de sinal de televisão a cabo? Há divergências.

Para Cezar Roberto Bitencourt, “a energia se consome, se esgota, diminui, e pode, inclusive, terminar, ao passo que ‘sinal de televisão’ não se gasta, não diminui; mesmo que metade do País acesse o sinal ao mesmo tempo, ele não diminui, ao passo que, se fosse a energia elétrica, entraria em colapso. Não se pode adotar interpretação extensiva para sustentar que o § 3º equiparou a coisa móvel ‘a energia elétrica ou qualquer outra coisa’, quando na verdade se refere a ‘qualquer outra energia’. Se a pretensão do legislador fosse essa, equiparar coisa móvel a coisa que tenha valor econômico, poderia ter utilizado uma forma mais clara, por exemplo, ‘equipara-se à coisa móvel outra que tenha valor econômico’. A fora o fato de, em não sendo

energia, não poder ser objeto material do crime de furto, o ‘sinal de televisão’ tampouco pode ser subtraído, pois, como já afirmamos, subtrair significa retirar, surruiar, tirar às escondidas a coisa móvel de alguém. Ora, quem utiliza clandestinamente de ‘sinal de televisão’ não o retira e tampouco dele se apossa, não havendo qualquer diminuição do patrimônio alheio, que, em última instância, é o bem jurídico protegido no crime de furto” (ob. cit., v. 3, p. 67).

Já para Guilherme de Souza Nucci, o furto de sinal de televisão “é válido para encaixar-se na figura prevista neste parágrafo, pois é uma forma de energia. Nessa ótica: ‘Indícios apontando o uso irregular de sinais de TV a cabo por um período de cerca de 1 ano e 9 meses, sem o pagamento da taxa de assinatura ou as mensalidades pelo uso, apesar da cientificação pela empresa vítima da irregularidade da forma como recebiam o sinal, tendo sido refeita, inclusive, a ligação clandestina após a primeira desativação pela NET (STJ, HC 17.867-SP, 5ª T., j. 17.12.2002, rel. Gilson Dipp, v.u., DJ 17.03.2003)” (ob. cit., p. 675).

A questão foi levada ao STF que, através da sua 2ª Turma, concedeu habeas corpus para declarar a atipicidade da conduta de condenado pela prática do crime descrito no art. 155, § 3º, do CP, por efetuar ligação clandestina de sinal de TV a cabo. Reputou-se que o objeto do aludido crime não seria “energia” e ressaltou-se a inadmissibilidade da analogia in malam partem em Direito Penal, razão pela qual a conduta não poderia ser considerada penalmente típica (HC 97.261/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.4.2011).

O STJ, no entanto, já decidiu em sentido contrário:

“I. O sinal de televisão propaga-se através de ondas, o que na definição técnica se enquadra como energia radiante, que é uma forma de energia associada à radiação eletromagnética. II. Ampliação do rol do item 56 da Exposição de Motivos do Código Penal para abranger formas de energia ali não dispostas, considerando a revolução tecnológica a que o mundo vem sendo submetido nas últimas décadas. III. Tipicidade da conduta do furto de sinal de TV a cabo” (REsp 1.123.747/RS, DJe 16/12/2010).

Mas não se trata de orientação pacífica. A Sexta Turma do tribunal já decidiu que estender a incidência do dispositivo ao sinal de televisão é analogia incriminadora:

“1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se inclinava no sentido de que o furto de sinal de televisão por assinatura se enquadraria na figura típica do art. 155, § 3º, do Código Penal. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.261/RS, entendeu que o sinal de televisão não se equipararia à energia elétrica, bem assim que não haveria subtração na hipótese de captação indevida de sinal, motivo pelo qual a conduta não se amoldaria ao crime do art. 155, § 3º, do Código Penal. Asseverou também que a ausência de previsão de sanção no art. 35 da Lei n.º 8.977/1995, que definiu a captação clandestina de sinal como ilícito penal, somente poderia ser suprida por outra lei, não podendo ser utilizado o preceito secundário de outro tipo penal, sob pena de haver indevida analogia in malam partem. Precedente da Sexta Turma desta Corte

Superior. 3. Recurso especial desprovido” (REsp 1.838.056/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/06/2020).

♦ **ATENÇÃO:** haverá crime de estelionato (art. 171) na hipótese em que o agente emprega fraude, alterando o medidor de energia, para acusar um resultado menor do que o consumido. Nesta hipótese o agente está autorizado, via contrato, a gastar energia elétrica, porém acaba usando de artifício, induzindo a vítima a erro, provocando resultado fictício, advindo-lhe indevida vantagem (nesse sentido: AREsp 1.418.119/DF, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 07/05/2019).

Por fim, nos casos de furto de energia elétrica e de água em que, antes do oferecimento da denúncia, o furtador ressarcisse à distribuidora os valores correspondentes, o STJ vinha aplicando analogicamente a regra estabelecida a respeito da reparação do dano nos delitos tributários para extinguir a punibilidade:

“1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o valor fixado como contraprestação de serviços públicos essenciais como a energia elétrica e a água, conquanto não seja tributo, possui natureza jurídica de preço público, aplicando-se, por analogia, as causas extintivas da punibilidade previstas para os crimes tributários. 2. No caso, o parcelamento do débito foi anterior ao recebimento da denúncia, e o pagamento integral do valor deu-se no curso da ação penal, aplicando-se, à espécie, a legislação tributária” (AgRg no AREsp 796.250/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 26/09/2017).

Posteriormente, no entanto, a Terceira Seção do tribunal adotou a orientação de que não é possível conferir aos delitos patrimoniais o mesmo tratamento aplicável aos tributários, pois, nestes crimes, a extinção da punibilidade é medida específica – e, portanto, deve ser restrita –, adotada como forma de incentivar o pagamento e, como consequência, manter a hígidez das contas públicas, o que não acontece no âmbito estritamente patrimonial, que, ademais, tem disposição normativa de natureza geral plenamente aplicável: o artigo 16 do Código Penal, que disciplina o arrependimento posterior, causa de diminuição de pena que não afeta a pretensão punitiva:

“1. Tem-se por pretensão aplicar o instituto da extinção de punibilidade ao crime de furto de energia elétrica em razão do adimplemento do débito antes do recebimento da denúncia.

2. Este Tribunal já firmou posicionamento no sentido da sua possibilidade. Ocorre que no caso em exame, sob nova análise, se apresentam ao menos três causas impeditivas, quais sejam; a diversa política criminal aplicada aos crimes contra o patrimônio e contra a ordem tributária; a impossibilidade de aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/95 aos crimes contra o patrimônio; e, a tarifa ou preço público tem tratamento legislativo diverso do imposto.

3. O crime de furto de energia elétrica mediante fraude praticado contra concessionária de serviço público situa-se no campo dos delitos patrimoniais. Neste âmbito, o Estado ainda detém tratamento mais rigoroso. O desejo de aplicar as benesses dos crimes tributários ao caso em apreço esbarra na tutela de proteção aos diversos bens jurídicos analisados, pois o delito em comento, além de atingir o

patrimônio, ofende a outros bens jurídicos, tais como a saúde pública, considerados, principalmente, o desvalor do resultado e os danos futuros.

4. O papel do Estado nos casos de furto de energia elétrica não deve estar adstrito à intenção arrecadatória da tarifa, deve coibir ou prevenir eventual prejuízo ao próprio abastecimento elétrico do País. Não se pode olvidar que o caso em análise ainda traz uma particularidade, porquanto trata-se de empresa, com condições financeiras de cumprir com suas obrigações comerciais. A extinção da punibilidade neste caso estabeleceria tratamento desigual entre os que podem e os que não podem pagar, privilegiando determinada parcela da sociedade.

5. Nos crimes contra a ordem tributária, o legislador (Leis n. 9.249/95 e n. 10.684/03), ao consagrar a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito, adota política que visa a garantir a higidez do patrimônio público, somente. A sanção penal é invocada pela norma tributária como forma de fortalecer a ideia de cumprimento da obrigação fiscal.

6. Nos crimes patrimoniais existe previsão legal específica de causa de diminuição da pena para os casos de pagamento da “dívida” antes do recebimento da denúncia. Em tais hipóteses, o Código Penal – CP, em seu art. 16, prevê o instituto do arrependimento posterior, que em nada afeta a pretensão punitiva, apenas constitui causa de diminuição da pena.

7. A jurisprudência se consolidou no sentido de que a natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviço público, no caso de fornecimento de energia elétrica, prestado por concessionária, é de tarifa ou preço público, não possuindo caráter tributário. Não há como se atribuir o efeito pretendido aos diversos institutos legais, considerando que os dispostos no art. 34 da Lei n. 9.249/95 e no art. 9º da Lei n. 10.684/03 fazem referência expressa e, por isso, taxativa, aos tributos e contribuições sociais, não dizendo respeito às tarifas ou preços públicos.

8. Recurso ordinário desprovido” (RHC 101.299/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 13/03/2019).

Qualificadoras (§ 4º):

Inciso I (destruição ou rompimento de obstáculo): se a violência for exercida contra o próprio objeto visado não incide a qualificadora (quebrar vidro do veículo para furtar o próprio carro).

Por questão de equidade há importante jurisprudência inclinando-se no sentido de que o rompimento de vidros do veículo para a subtração de objetos existentes no seu interior não caracteriza a qualificadora. É que, se a violação tivesse sido feita para a subtração do próprio automóvel, simples seria o furto. Ora, por ter cometido fato menor (furto de acessório e não do veículo) não pode o agente receber pena maior (RT 661/304). A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que se trata de furto qualificado:

“Não obstante o posicionamento outrora exarado acerca da irrazoabilidade de se considerar o furto “qualificado” quando há rompimento do vidro do veículo para a subtração do som automotivo, e considerá-lo “simples” quando o rompimento se dá para a subtração do próprio veículo, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp nº

1.079.847/SP, firmou a orientação de que a subtração de objeto localizado no interior de veículo automotor mediante o rompimento de obstáculo – quebra do vidro – qualifica o furto” (HC 205.967/SP).

Há decisões no sentido de que a “ligação direta” para movimentação de veículo configura a qualificadora do rompimento de obstáculo (RJDTACRIM 19/110).

A Lei nº 10.406/02, que trata das infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, teve, no art. 1º, o inciso VI incluído pela Lei 13.124/15, que estabelece atribuição à Polícia Federal para investigar furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, incluindo agências bancárias ou caixas eletrônicos, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação.

Tendo em vista que o rompimento de obstáculo deixa vestígios evidentes, é imprescindível a realização do exame pericial:

“Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qualificadora da destruição ou rompimento de obstáculo só pode ser aplicada ao crime de furto mediante realização de exame pericial, tendo em vista que, por ser infração que deixa vestígio, é imprescindível a realização de exame de corpo de delito direto, por expressa imposição legal. A substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas pode ocorrer se o delito não deixar vestígios, se esses tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo, o que não foi demonstrado no presente caso.” (AgRg no REsp 1.935.472/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19/10/2021)

Inciso II (abuso de confiança): não configura a qualificadora do abuso de **confiança** a simples relação de emprego ou de hospitalidade (nesse sentido: RT 571/391). O agente deve se valer da confiança depositada para executar o crime, pois, se o cometeu nas mesmas circunstâncias em que qualquer pessoa poderia fazê-lo, a qualificadora não incide.

O furto cometido por abuso de confiança não se confunde com apropriação indébita:

Furto qualificado pela confiança	Apropriação indébita
Há mero contato com a coisa.	O agente exerce a posse desvigiada em nome de outrem.
<i>Dolus ab initio.</i>	O dolo é superveniente à posse.

Inciso II (fraude): na lição de Damásio de Jesus:

“Trata-se de meio enganoso capaz de iludir a vigilância do ofendido e permitir maior facilidade na subtração do objeto material. Ex.: O sujeito se fantasia de funcionário da companhia telefônica para penetrar na residência da vítima e subtrair-lhe bens. Há furto com fraude no caso dos dois sujeitos que entram num estabelecimento comercial, sendo que, enquanto um distrai o ofendido, o outro lhe subtrai mercadorias” (*Direito penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva. v. 2, 2004, p. 327).

O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. Naquele, a fraude visa a diminuir a vigilância da vítima e a possibilitar a subtração. O bem é retirado sem que a vítima perceba que está sendo despojada. No estelionato, a fraude visa a fazer com que a vítima incida em erro e entregue voluntariamente o objeto ao agente. A vontade de alterar a posse no furto é *unilateral* (apenas o agente quer); já no estelionato é *bilateral* (agente e vítima querem).

Furto qualificado pela fraude	Estelionato
A fraude visa a diminuir a vigilância da vítima e possibilitar a subtração.	A fraude visa a fazer com que a vítima incida em erro e entregue voluntariamente o objeto ao agente.
A vontade de alterar a posse no furto é unilateral (apenas o agente quer).	A vontade de alterar a posse é bilateral (agente e vítima querem).

Inciso II (escalada): é todo e qualquer meio anormal de o agente ingressar em determinado local (por um túnel ou pela chaminé). Não caracteriza a qualificadora a mera transposição de obstáculo facilmente vencível (ex.: saltar muro baixo). Em que pese corrente em sentido contrário, pensamos imprescindível a perícia, a qual atestará (ou não) a dificuldade enfrentada pelo agente. É a orientação do STJ:

“É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, para reconhecimento da qualificadora da escalada, é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se o delito não deixar vestígios ou tenham esses desaparecido, ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. Assim, se era possível a realização da perícia, mas esta não ocorreu, a prova testemunhal e o exame indireto não suprem a sua ausência.” (AgRg no AREsp 1.902.141/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 05/10/2021)

Há ainda outras circunstâncias que podem relativizar a necessidade de perícia:

“No acórdão paradigma, a qualificadora da escalada estava assentada exclusivamente na prova oral e na confissão do acusado. Na presente hipótese, porém, tem-se, além da palavra da vítima, da ouvida de testemunhas e da confissão do réu, a convergência de laudo papiloscópico elaborado por agentes estatais, a partir da colheita direta da digital do acusado no local da escalada.” (AgRg no REsp 1.895.487/DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 26/04/2022)

Inciso II (destreza): caracteriza a peculiar habilidade física ou manual utilizada na prática do crime, fazendo com que a vítima não perceba que está sendo despojada de seus bens (ex.: batedores de carteira). Entende-se que a destreza deve ser analisada sob a ótica da vítima e não de terceiro. Assim, se a vítima, no caso concreto, presente a ação do agente, conseguindo impedir a fuga com a res, haverá tentativa de furto simples. Sendo o agente impedido por terceiro, a tentativa será de furto qualificado (RT 538/380).

Inciso III (chave falsa): a ligação direta de veículo não é considerada chave falsa para fins de subsunção da qualificadora do inciso III.

Inciso IV (concurso de pessoas): quanto ao concurso de pessoas, a circunstância de ser um dos comparas inimputável não faz desaparecer a qualificadora (RT 545/402). Se o inimputável é criança ou adolescente, há furto e corrupção de menores (art. 244-B do ECA) em concurso formal (STJ: AgRg no HC 617.526/AC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/10/2020).

Se o crime foi cometido por associação criminosa (anterior quadrilha ou bando) previamente organizada, já decidiu o STJ que a incidência da presente qualificadora não acarreta *bis in idem*:

“É insubsistente a tese de que a condenação por furto qualificado pelo concurso de pessoas e por formação de quadrilha, na forma do art. 69 do CP, isto é, em concurso material de crimes, configura violação do princípio do non bis in idem. A instância ordinária, quanto a esse tema, laborou em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, que não vislumbra violação do mencionado princípio quando a dupla condenação se referir a delitos autônomos e independentes, como no caso concreto, no qual se apurou a prática de crime patrimonial e contra a paz pública. Precedente” (AgRg no AREsp 1.081.540/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13/06/2017).

Emprego de explosivo (§ 4º-A): a Lei 13.654/18 insere no art. 155 o § 4º-A, que comina pena de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos – além da multa – se o furto é cometido com emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

Temos visto, já há alguns anos, a multiplicação de condutas nas quais criminosos – normalmente em grupos – utilizam artefatos explosivos para romper os cofres de caixas eletrônicos – instalados em bancos ou em estabelecimentos comerciais – e subtrair as cédulas neles depositadas. Além de causar vultosos prejuízos em virtude não só dos valores subtraídos, mas também dos danos materiais causados nos estabelecimentos e muitas vezes até em imóveis vizinhos, esta espécie de conduta é particularmente grave em razão da exposição da vida e da integridade física das pessoas a perigo. Com efeito, ainda que não se trate de uma forma de ameaça pessoal direta – pois, se assim fosse, caracterizar-se-ia o crime de roubo –, o furto praticado com o emprego de engenho explosivo pode causar danos que vão muito além da esfera financeira.

Aos autores desta conduta vinham sendo imputados, normalmente, os crimes de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e de explosão majorada pelo fato de o crime ter sido cometido com intuito de obter vantagem pecuniária. Embora pudesse haver alguma divergência a respeito da possibilidade de atribuir os crimes em concurso, era o que vinha prevalecendo.

A partir da inserção do § 4º-A, a possibilidade de concurso entre os delitos de furto e de explosão deixa de existir para ceder lugar à qualificadora. E, neste ponto, se considerarmos que se aplicava o concurso formal impróprio, é possível apontar um deslize do legislador,

pois, antes, somando-se as penas do furto qualificado e da explosão majorada, resultava o mínimo de seis anos de reclusão (caso se tratasse, como normalmente ocorria, de dinamite ou de substância de efeitos análogos), mas a nova lei comina à qualificadora pena mínima de quatro anos, consideravelmente mais branda. Conclui-se, portanto, que as novas disposições resultam numa punição menos severa em relação àquela que vinha sendo praticada, o que atrai as disposições do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, segundo as quais “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Dessa forma, o agente condenado pelo crime de furto qualificado em concurso formal impróprio com a explosão majorada pode ser beneficiado pela retroatividade benéfica da nova qualificadora.

Note-se que o furto no qual se utiliza um artefato explosivo traz em si, necessariamente, o rompimento de obstáculo. É a existência do obstáculo, afinal, que torna necessária – ou ao menos conveniente – a explosão que abre o caminho para a subtração. Neste caso, concorrem duas qualificadoras: a do rompimento de obstáculo e a do emprego do artefato explosivo. Apenas esta última, no entanto, deve ser considerada com a natureza de qualificadora, pois é a circunstância mais grave. O rompimento de obstáculo – assim como, eventualmente, a escalada e o concurso de pessoas, por exemplo – deve ser considerado na qualidade de circunstância judicial, no momento em que se aplica a pena-base, que parte da qualificadora mais grave.

Por fim, destacamos que o art. 16, § 1º, inciso III, da Lei 10.826/03 tipifica a posse, a detenção, a fabricação e o emprego de artefato explosivo ou incendiário sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, o que nos faz indagar a respeito da caracterização do concurso de delitos.

Imaginemos, com efeito, que um grupo criminoso tenha adquirido dinamite para em seguida empregá-la no furto de caixas eletrônicos em uma agência bancária. A posse da dinamite deve ser imputada em concurso com o furto qualificado pelo emprego do artefato, ou este último absorve o primeiro? Em edições anteriores sustentamos que com a promulgação da Lei 13.497/17 – que havia tornado hediondas todas as modalidades do art. 16 do Estatuto do Desarmamento –, seria inadequado aplicar o princípio da consunção para que o crime patrimonial absorvesse o hediondo, razão pela qual deveriam ser aplicadas as regras relativas ao concurso de delitos.

Atualmente, no entanto, a conclusão é diversa. A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) alterou a Lei dos Crimes Hediondos e, além de inserir o próprio furto qualificado pelo emprego de explosivo no rol daqueles crimes, retirou do mesmo grupo a posse de explosivos, pois o art. 1º, parágrafo único, inc. II, da Lei 8.072/90, é específico em relação ao crime de posse ou porte ilegal de **arma de fogo de uso proibido**. Não é mais possível sustentar, como se fazia antes, que a hediondez abrangia todo o tipo do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, por que a mesma Lei

13.964/19 alterou também este dispositivo, que passou a tratar a posse e o porte de arma de fogo de uso proibido no § 2º, como uma qualificadora do *caput* e do § 1º, que, portanto, atualmente se restringem às armas de fogo de uso restrito e a condutas equiparadas. Desta forma, se a Lei 8.072/90 faz menção específica à figura qualificada, somente ela pode ser considerada hedionda.

Furto mediante fraude cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático (§ 4º-B): vimos que, nos termos do art. 155, § 4º, inc. II, o crime de furto é qualificado se cometido com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza. Os exemplos mencionados sobre o furto cometido por meio de fraude eram os mais comuns desde a entrada em vigor do Código Penal até alguns anos atrás. Mas a expansão da rede mundial de computadores, do mercado de dispositivos eletrônicos e de informática conectados à *internet* e da gama de serviços eletrônicos oferecidos nos mais diversos segmentos criou um ambiente vulnerável no qual milhares de pessoas se tornaram alvos fáceis e recorrentes de criminosos hábeis na exploração dessas circunstâncias. Uma breve pesquisa na página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça nos revela reiteradas decisões em conflitos de competência relativos a subtrações fraudulentas cometidas pela rede mundial de computadores, nas quais a conduta é praticada em um lugar e o patrimônio atacado está em outro. No ano de 2020, em razão da pandemia do coronavírus, milhões de pessoas tiveram de permanecer a maior parte do tempo em suas casas e passaram a utilizar com maior frequência serviços eletrônicos das mais diversas espécies, o que multiplicou de forma preocupante os casos de fraude eletrônica.

Até que entrasse em vigor a Lei 14.155/21, essas subtrações se subsumiram à qualificadora do § 4º, inc. II, com pena de dois a oito anos. No entanto, em razão dos prejuízos provocados e da maior dificuldade de apuração revelada nesses casos, o legislador decidiu inserir no art. 155 uma qualificadora específica para as situações em que o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático.

Para esse efeito, dispositivo eletrônico ou informático pode ser conceituado como qualquer aparelho com capacidade de armazenar e processar automaticamente informações/programas: computador, *notebook*, *tablet*, *smartphone*. Como destaca o próprio § 4º-B, é indiferente o fato de o dispositivo estar ou não conectado à rede interna ou externa de computadores (*intranet* ou *internet*), embora seja recorrente a prática do crime por meio de *internet*.

Pouco importa, também, a forma como o agente comete a fraude, ou seja, se viola mecanismo de segurança, se utiliza componentes ou arquivos maliciosos, se simplesmente acessa o dispositivo após ter obtido uma senha, se induz a vítima a praticar algum ato que a distraia e facilite a subtração. Qualquer manobra fraudulenta que, envolvendo dispositivo eletrônico ou informático, resulta em subtração atrai a qualificadora.

ATENÇÃO: se o agente utiliza a invasão de dispositivo informático para cometer o furto, o crime do art. 154-A é absorvido, e o ato de invasão deve ser considerado na aplicação da pena-base do furto qualificado pelo § 4º-B, tendo em vista a maior gravidade da conduta.

Lembramos que a qualificadora do § 4º-B se refere a um meio de cometer a fraude, que mantém o pressuposto do inc. II do § 4º: a manobra arditosa visa a afastar a vigilância da vítima e possibilitar a subtração. O bem é retirado sem que a vítima o perceba. Não se trata de induzir alguém em erro para que entregue voluntariamente o bem (fazendo uma transferência, por exemplo), caso em que ocorre estelionato.

Causa de aumento de pena (§ 4º-C): o crime qualificado na forma do § 4º-B pode ter a pena majorada se cometido nas circunstâncias descritas no § 4º-C. De acordo com o inciso I, aumenta-se de 1/3 a 2/3 a pena se o crime é praticado por meio de servidor mantido fora do território nacional. Justifica-se a elevação da pena em razão das barreiras naturalmente impostas à investigação. Essa circunstância, por óbvio, não determina, por si só, a competência da Justiça Federal.

O inciso II aumenta a pena de 1/3 até o dobro se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável. É idosa a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, como dispõe o art. 1º da Lei 10.741/03.

A lei não conceitua, para os efeitos do furto, quem pode ser considerado vulnerável. O conceito pode ser obtido no art. 217-A do CP, ou seja, podemos considerar vulneráveis o menor de quatorze anos e a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para lidar com a investida fraudulenta.

O § 4º-C se refere ao aumento da pena “considerada a relevância do resultado gravoso”, fórmula inédita no Código Penal. Considerando que ambos os incisos têm frações variáveis, infere-se que o legislador deixou expresso o que seria mesmo intuitivo: quanto mais severo o prejuízo, maior deve ser o aumento. Mas, no parecer em que se analisava o projeto de lei, o relator da matéria fez a seguinte observação:

“Todavia, concordamos que a elevação da pena do crime de furto mediante fraude eletrônica cometida contra idosos ou fora do território nacional não deva se dar indiscriminadamente: deve haver algo mais que torne a conduta mais grave. Assim, a elevação de pena se justificará diante da relevância do resultado gravoso, como exemplo, quando gera graves prejuízos para a sobrevivência da vítima. Ademais, a elevação não deve se dar de forma estanque, mas em um patamar flexível”.

Essa não nos parece a melhor forma de aplicar a causa de aumento de pena. Ora, se a majorante se refere ao crime cometido fora do território nacional e ao crime cometido contra idoso ou vulnerável, são as características intrínsecas do idoso, do vulnerável e da transnacionalidade do meio de execução que justificam primariamente o aumento. Se essas são as circunstâncias do crime, impõe-se o aumento, cuja variação, sim, deve se basear na maior gravidade do caso concreto. Utilizar a gravidade

como fundamento da majorante, e não como algo derivado das circunstâncias mencionadas nos incisos I e II, subverte a lógica da aplicação da pena. Se o fundamento para a majoração fosse a extensão do prejuízo, o texto legal deveria consistir em algo como “Aumenta-se a pena de 1/3 a 2/3 conforme a relevância do resultado”.

Note-se que o aumento da pena pressupõe a ciência das circunstâncias referidas no § 4º-C. O autor da subtração deve ter conhecimento de que sua conduta se vale de conexão internacional. Ou deve saber que a vítima é idosa ou vulnerável, o que nem sempre ocorre, em razão das circunstâncias dos crimes cibernéticos, nos quais muitas vezes o criminoso não tem nenhum contato – nem mesmo remoto – com sua vítima.

Por fim, com a proliferação de serviços de entrega domiciliar, os órgãos de defesa do consumidor têm alertado a respeito do recebimento de reclamações sobre golpes aplicados pelos entregadores. No momento da entrega do pedido, os entregadores informam sobre a necessidade de um pagamento adicional, feito por meio de cartão em máquinas com visor avariado, o que impossibilita a conferência do valor debitado. O adicional cobrado é indevido, apenas parte de um ardid que se completa com a máquina viciada para que a vítima não possa constatar no mesmo momento o valor da transação. Com isso, há prejuízos que chegam aos milhares de reais.

Resta-nos a dúvida: as condutas noticiadas são típicas do furto mediante fraude ou do estelionato?

Consideradas as distinções já apontadas a respeito de ambos os crimes, parece-nos que as condutas relatadas são típicas subtrações fraudulentas. Embora, à primeira vista, a participação direta das vítimas possa invocar a figura do estelionato, destaca-se o fato de que essas pessoas não sabem o valor do débito em suas contas. A fraude empregada pelos criminosos consiste, inicialmente, em cobrar um valor adicional que, na realidade, não existe. Em seguida, uma vez que a vítima concorde em pagar, a segunda parte da fraude consiste em utilizar máquinas cujas características impossibilitam que os valores debitados sejam conferidos, ou seja, o plano é elaborado para que, no momento do débito, **a vítima não perceba** que, em vez de pagar, por exemplo, R\$ 5,00, está pagando R\$ 5.000,00.

A solução seria outra se o criminoso simplesmente inventasse uma cobrança adicional e, uma vez que a vítima acreditasse em sua licitude, o débito ocorresse no valor efetivamente anunciado. Nesse caso, sim, estaríamos diante de um estelionato consistente em induzir em erro (a respeito da necessidade de pagar o valor suplementar), com a consequente obtenção de vantagem indevida proporcionada **conscientemente** pela vítima no exato valor proposto pelo estelionatário.

A tipicidade não se modifica conforme a modalidade de pagamento. Tanto em débito – em que o valor é imediatamente retirado da conta corrente – quanto em crédito – em que o saque é postergado –, temos o crime de furto se no instante em que efetuado o pagamento a vítima não sabe o valor real de que está sendo despojada.

O máximo que se pode sustentar, no caso do pagamento por crédito descoberto antes da liberação do dinheiro pela administradora do cartão, é a tentativa de furto, porque, afinal, o criminoso praticou atos executórios da subtração, mas não conseguiu de fato se apoderar do dinheiro.

Em suma, como em diversos outros casos envolvendo o emprego de fraude, a saída para a dúvida sobre a imputação reside no importante detalhe a respeito do papel exercido pela vítima na conduta empreendida pelo criminoso: se o plano fraudulento visa a desviar a atenção, a diminuir a vigilância da vítima para que seja possível atingir seu patrimônio, o caso é de subtração; se a fraude é empregada com o propósito de envolver a vítima em todos os passos do arranjo criminoso, fazendo com que ela, não obstante em falsa percepção da realidade, proporcione conscientemente a vantagem ao agente, o caso é de estelionato.

Furto de veículo automotor (§ 5º): pune-se aquele que concorreu, de qualquer modo, para o crime patrimonial, sabendo que a intenção era o transporte do veículo para outro Estado ou país. A pessoa contratada apenas para o transporte, não tendo qualquer participação no delito anterior (quer material, quer moral), responde somente por receptação ou favorecimento real, a depender do caso.

Note-se que se o agente conseguir consumir a subtração, mas for detido antes de chegar em outro Estado ou país, responderá por furto (simples ou qualificado por alguma das hipóteses do § 4º), mas não por tentativa de furto qualificado pelo § 5º, porque não se pode cogitar de tentativa em uma hipótese em que a subtração já se consumou. Nessa modalidade de furto, vislumbra-se o conatus apenas na hipótese do agente que, previamente intencionado a transportar o veículo para outro Estado ou país, apodera-se do bem, passa a ser perseguido de imediato até que transponha a divisa, mas acaba sendo preso sem que tenha conseguido a posse tranquila do bem.

O § 5º menciona “outro Estado”, mas não diz nada sobre o Distrito Federal. O que concluir do silêncio? Uma primeira corrente ensina que a omissão não pode ser suprida pelo intérprete, vedação imposta pelo princípio da legalidade. O STJ, ao decidir sobre o crime de dano antes da alteração promovida pela Lei 13.531/17, percebeu a mesma omissão:

“A conduta de destruir, inutilizar ou deteriorar o patrimônio do Distrito Federal não configura, por si só, o crime de dano qualificado, subsumindo-se, em tese, à modalidade simples do delito. Com efeito, é inadmissível a realização de analogia in malam partem a fim de ampliar o rol contido no art. 163, III, do CP, cujo teor impõe punição mais severa para o dano cometido contra o patrimônio da União, Estados, Municípios, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista. Assim, na falta de previsão do Distrito Federal no referido preceito legal, impõe-se a desclassificação da conduta analisada para o crime de dano simples, nada obstante a mens legis do tipo, relativa à necessidade de proteção ao patrimônio público, e a discrepância em considerar o prejuízo aos bens distritais menos gravoso do que o causado

aos demais entes elencados no dispositivo criminal” (HC 154.051-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 4/12/2012).

Ousamos discordar. Entendemos que o Distrito Federal está implícito. Deve-se interpretar o dispositivo de acordo com o sentido pretendido pelo legislador, sendo certo que não foi sua pretensão excluir a Capital da República, já que tal entendimento poderia transformá-la em local de “desova” de veículos subtraídos, ante a ausência de punição mais severa.

Furto de animal (§ 6º): o furto é qualificado se o objeto material é semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração. A opção legislativa de tratar o abigeato (subtração de animais) como qualificadora do furto elevou a pena para dois a cinco anos de reclusão. A infração é de maior potencial ofensivo e não admite sequer a suspensão condicional do processo. Admite-se, no entanto, o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

O que se entende por “semovente domesticável de produção” para fins do crime de furto de animal?

O art. 82 do Código Civil dispõe que são “móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”. Essa definição ampla incorpora entre os bens móveis as coisas e os semoventes, capazes de se movimentar por si próprios. Dado que o homem não pode ser considerado um bem, semoventes são apenas os animais, mas não quaisquer deles, pois, para que algo seja definido como um bem, deve ser suscetível de mensuração econômica. Logo, sob essa ótica não são considerados semoventes os insetos, por exemplo, mas o são os cães, os felinos, os bovinos, os caprinos, os equinos, os suínos etc.

Mas a qualificadora do furto é mais restrita, pois se refere a semovente domesticável de produção.

Os semoventes podem ser: a) silvestres; b) domesticáveis; c) domesticados. Os animais silvestres (de espécies nativas e migratórias, aquáticas ou terrestres) estão excluídos. Domesticáveis são os animais que podem ser amansados para conviver em harmonia com o homem. Embora a lei seja expressa apenas em relação a eles, é óbvio que se incluem em sua incidência os domesticados, que, aliás, são o real objeto material dos furtos cuja recorrência ensejou a inserção da qualificadora e que deveriam integrar o texto normativo no lugar de “domesticáveis”.

Mas não é só, pois a lei também exige que sejam de produção, isto é, criados com finalidade alimentícia ou comercial em geral. Dessa forma, podem ser considerados semoventes de produção bois, porcos, carneiros, frangos e peixes destinados ao abate, assim como cães, gatos e cavalos criados para reprodução e venda.

Sabendo que esse tipo de crime, especialmente quando envolve a subtração dos animais vivos, quase nunca é praticado por um só agente, mas em concurso, com rompimento de obstáculos e uso de via anormal para ingressar na propriedade rural (escalada), pergunta-se: os furtadores vão responder pelo crime de furto qualificado pelo § 6º (punido com 2 a 5 anos) ou pelo § 4º (punido

com 2 a 8 anos, em razão do rompimento de obstáculos, escalada e/ou concurso de pessoas)?

A resposta “tanto faz” ou “pelos dois parágrafos”, obviamente, não serve; muito menos tem razão aquele que respondeu que os agentes sofrerão os “rigores” do § 6º. É que, nas hipóteses de coexistência de qualificadoras, não existindo entre elas relação de especialidade – mas pluralidade de circunstâncias –, deve prevalecer aquela que pune o comportamento do criminoso com mais rigor, sob pena de violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A outra deve ser considerada pelo magistrado na fixação da pena-base, salvo se prevista também como agravante, caso em que será aquilataada pelo juiz na segunda fase da aplicação da reprimenda.

Apesar de na prática não ser comum, em tese a nova qualificadora, sendo objetiva, é compatível com o furto privilegiado (ou mínimo), previsto no art. 155, § 2º, do CP, nos exatos termos da Súmula 511 do STJ.

Furto de substância explosiva (§ 7º): a Lei 13.654/18 inseriu também no art. 155 o § 7º, que pune com reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez anos) – além da multa – a subtração de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. Trata-se, portanto, de punir com mais gravidade a subtração do próprio explosivo e de acessórios, independentemente de sua utilização.

A aquisição de explosivos por criminosos que se dedicam a praticar furtos mediante o uso desses artefatos pode ocorrer de diversas formas. É possível que um grupo criminoso faça a aquisição de forma clandestina. Há notícias, por exemplo, de condenação de militares que promoviam a venda ilegal de explosivos a associações criminosas dedicadas à subtração de caixas eletrônicos.

Mas é também comum a subtração que vitima quem armazena os explosivos de forma legal. Em tais casos, é possível que se dê tanto por criminosos que atuam somente com a finalidade de suprir a demanda dos furtadores quanto pelo próprio grupo que utilizará os explosivos posteriormente. Nesta situação, não se aplica a consunção, pois, não obstante os explosivos sejam furtados para utilização em outra subtração, trata-se de condutas absolutamente distintas, que atingem patrimônios diversos e que, portanto, não se podem confundir. A imputação deve ser relativa ao furto qualificado do explosivo em concurso material com o furto qualificado pelo emprego do explosivo antes subtraído.

Note-se que a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) tornou hediondo o furto qualificado pelo emprego de explosivo (§ 4º-A), mas não o furto de substância explosiva.

Princípio da insignificância: no geral, o princípio da insignificância tem sido admitido em furtos cometidos sem o emprego de meios que por si tornam o fato mais grave e por indivíduos que não fazem da ação criminosa um meio de vida. Os tribunais superiores estabeleceram alguns parâmetros para que a análise da insignificância seja a mais criteriosa possível, evitando-se assim que o sistema criminal promova uma proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados pela norma penal e incentive a

reiteração de práticas criminosas, efeitos tão deletérios quanto o excesso e o abuso. Em resumo, são requisitos para a insignificância: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Esses requisitos obrigam a uma análise abrangente das circunstâncias em que ocorre o crime. Não obstante o valor irrisório do objeto subtraído no furto, há fatores que podem confirmar a tipicidade material, como o rompimento de obstáculo, a escalada, a fraude e o concurso de agentes. Além disso, no caso daquele que comete reiterados crimes, ainda que os prejuízos individualmente considerados sejam reduzidos, não é socialmente adequado que a Justiça criminal ignore o todo e acabe incentivando a reiteração delitiva.

A jurisprudência dos tribunais superiores era amplamente refratária à insignificância quando incidente alguma das qualificadoras do furto, que tornam consideravelmente mais grave o crime (tanto que dobram a pena). Ultimamente, no entanto, tem havido certa mitigação baseada na análise das circunstâncias concretas das condutas criminosas. Em resumo, a regra é de que a presença das qualificadoras impede a insignificância, mas, em situações excepcionais, ainda assim a tipicidade pode ser afastada:

“[...] 3. Malgrado o pequeno valor da *res furtiva*, tendo o delito sido praticado mediante escalada e durante o repouso noturno, resta demonstrada maior reprovabilidade da conduta, o que obsta a aplicação do Princípio da Insignificância. Precedentes. 4. A Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando demonstrado ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas [...]” (STJ – HC 605.552/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06/10/2020).

“[...] No caso, não há como reconhecer o reduzido grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, de forma a viabilizar a aplicação do princípio da insignificância, pois tratou-se de tentativa de furto de uma residência praticada em concurso com um adolescente [...]” (STJ – AgRg no AREsp 1.632.350/MS, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 01/09/2020).

“[...] 3. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é contumaz na prática de crimes não faz jus a benesses jurídicas. 4. Na espécie, a conduta é referente a um furto qualificado pelo concurso de agentes de produtos alimentícios avaliados em R\$ 62,29. 5. Assim, muito embora a presença da qualificadora possa, à primeira vista, impedir o reconhecimento da atipicidade material da conduta, a análise conjunta das circunstâncias demonstra a ausência de lesividade do fato imputado, recomendando a aplicação do princípio da insignificância [...]” (STJ – HC 553.872/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 11/02/2020).

“1. O entendimento do STF é firme no sentido de que o princípio da *insignificância* incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede, em regra, a aplicação do princípio. Hipótese de paciente condenado pelo crime de *furto qualificado* pelo abuso de confiança, não estando configurados, concretamente, os requisitos necessários ao reconhecimento da irrelevância material da conduta. 2. Agravo regimental desprovido” (STF – HC 175.945 AgR/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27/04/2020).

“1. À luz dos elementos dos autos, o caso é de incidência excepcional do princípio da *insignificância*, na linha de precedentes da Corte. 2. As circunstâncias e o contexto que se apresentam permitem concluir pela ausência de lesão significativa que justifique a intervenção do direito penal, mormente se considerarmos a inexpressividade dos bens subtraídos (avaliados em R\$ 116,50) e o fato de o ora agravante não ser, tecnicamente, reincidente específico, já que a única ação penal à qual responde não transitou em julgado. 3. Há de se ponderar, ainda, a condição de hipossuficiência do agente, além do fato de que a sua conduta foi praticada sem violência física ou moral a quem quer que seja, sendo certo, ademais, que os bens furtados foram restituídos à vítima, afastando-se, portanto, o prejuízo efetivo. 4. Agravo regimental ao qual se dá provimento” (STF – HC 141.440 AgR/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14/08/2018).

Ação penal: é pública incondicionada.

2. ENUNCIADOS DE SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA

✦ **STJ – Súmula 567.** Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.

✦ **STJ – Súmula 511.** É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva.

✦ **STJ – Súmula 442.** É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo.

3. INFORMATIVOS DE JURISPRUDÊNCIA

✦ **STJ – 622 – Bem de irrelevante valor pecuniário. Induzimento do próprio filho de nove anos a participar do ato de subtração. Especial reprovabilidade da conduta. Princípio da insignificância. Não incidência**

No caso em análise, teria a paciente, segundo a denúncia, subtraído um cofrinho contendo R\$ 4,80 (quatro reais e oitenta centavos) da Associação dos Voluntários de Combate ao Câncer – AVCC, induzindo seu filho de apenas 09 anos a pegar o objeto e colocá-lo na sua bolsa. Nesse contexto, verifica-se o princípio da insignificância não se aplica ao caso, porquanto, as características dos fatos revelam reprovabilidade suficiente para a consumação do delito, embora o ínfimo valor da coisa subtraída. O referido princípio se aplica a fatos dotados de mínima ofensividade, desprovidos

de periculosidade social, de reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e que a lesão jurídica provocada seja inexpressiva. (STF, HC n. 84.412-0/SP, Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJU de 19/11/2004). Observa-se, assim, que não há falar em mínima ofensividade e nem reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, porquanto foi subtraído o bem com o induzimento do próprio filho menor da ora paciente a pegá-lo e, lamentavelmente, contra uma instituição sem fins lucrativos que dá amparo a crianças com câncer. Ainda que irrelevante a lesão pecuniária provocada, porque inexpressivo o valor do bem, a repulsa social do comportamento é evidente. Viável, por conseguinte, o reconhecimento da tipicidade conglobante do comportamento irrogado. RHC 93.472/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/03/2018.

4. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (FGV – Delegado de Polícia – PC – AM/2022) O princípio da insignificância é compatível com o furto praticado

- por escalada.
- por arrombamento.
- durante o repouso noturno.
- em concurso de pessoas.
- por clandestinidade.

02. (Cespe – Delegado de Polícia – PC – RJ/2022) Depois de assistir a um filme na última sessão do cinema local, Renata dirigiu-se à sua casa. Durante o trajeto, ela notou que havia esquecido um equipamento eletrônico sobre a poltrona da sala de cinema, então retornou ao local. Lá, foi impedida pelo porteiro de entrar. Ela apresentou a ele o ingresso, no qual constava a poltrona que ocupava, pedindo-lhe que buscasse o equipamento deixado no local. Enquanto a conversa entre o porteiro e Renata ocorria, Estela, funcionária do cinema, encontrou o equipamento sobre a poltrona da sala de cinema e, percebendo que alguém o esquecera, levou-o consigo, com intenção de incorporação patrimonial. Logo em seguida, o porteiro entrou na sala, foi à poltrona indicada no ingresso apresentado por Renata, e nada encontrou. Disse, então, a Renata para retornar no dia seguinte, pois existia no local um setor de achados e perdidos, onde os empregados do cinema deviam deixar coisas alheias porventura localizadas no estabelecimento. Chegando à sua casa com o equipamento, Estela mostrou-o ao seu marido, Alexandre, que descobriu seu valor: R\$ 3.000. Visando ao lucro, Alexandre decidiu anunciá-lo à venda em um site da Internet, pelo valor de R\$ 1.500. No dia seguinte, Renata, após não encontrar o objeto no setor de achados e perdidos do cinema, resolveu pesquisar na Internet por produtos idênticos expostos à venda. Assim acabou localizando seu pertence. Como o equipamento apresentava características únicas, ela o identificou sem nenhuma dúvida. Passando-se por compradora, Renata marcou um encontro com Alexandre, para ver o equipamento. Em seguida, ela foi à delegacia de polícia local e pediu auxílio para recuperar a coisa, o que efetivamente ocorreu, sendo certo que Alexandre estava em seu poder. Alexandre foi conduzido à delegacia, aonde pouco depois chegou Estela. Ouvidos formalmente na presença de um advogado, ambos confessaram o ocorrido. Com base nessa situação hipotética, é correto afirmar que

- Estela praticou furto, e Alexandre cometeu receptação.
- Estela praticou crime de apropriação de coisa achada, e Alexandre cometeu receptação qualificada.
- Estela praticou crime de furto, e Alexandre cometeu receptação qualificada.

- d) Estela praticou crime de furto, e Alexandre não cometeu crime.
- e) Estela praticou crime de apropriação de coisa achada, e Alexandre cometeu receptação.

03. (FGV – Juiz de Direito – TJ – PE/2022) Lucas subtraiu para si uma bicicleta infantil que se encontrava no interior de uma residência familiar às 22h, momento em que os moradores estavam acordados. Para ter acesso ao bem furtado, Lucas pulou o muro da residência. Diante da situação narrada, é correto afirmar que:

- a) para a incidência da qualificadora da escalada é indispensável a realização de exame pericial, não sendo possível sua substituição;
- b) o fato de os moradores estarem acordados exclui a incidência da majorante relativa à prática do crime de furto no período noturno;
- c) não é possível a aplicação da causa de aumento relativa à prática de furto no período noturno em concomitância com a qualificadora da escalada;
- d) a escalada e a prática de furto no período noturno são circunstâncias que devem ser analisadas na terceira etapa da dosimetria penal;
- e) não seria aplicável a causa de aumento relativa ao furto noturno na hipótese em que a casa estivesse desabitada, por ausência de violação ao bem jurídico tutelado pela majorante.

04. (FGV – Juiz de Direito – TJ – AP/2022) Determinada investigação foi instaurada para apurar fraude, ocorrida em 02 de julho de 2020, em Macapá, na obtenção de auxílio emergencial concedido pelo Governo Federal, por meio da Caixa Econômica Federal, em decorrência da pandemia da Covid-19. Jack declarou na investigação que realizou depósito em sua conta do “ComércioRemunerado”, no valor de R\$ 600,00 e depois percebeu que aquela quantia foi transferida para Russel, sendo que não foi Jack quem realizou a operação financeira nem a autorizou. Russel assinalou que a aludida quantia foi realmente transferida para sua conta no “ComércioRemunerado” e foi declarada como pagamento de conserto de motocicleta, para enganar os órgãos competentes e conseguir a antecipação do auxílio emergencial. Disse que foi Fênix, proprietária de uma loja de manutenção de telefones celulares, quem lhe propôs a prática de tais condutas, acrescentando que seria um procedimento legal, e ainda ofereceu R\$ 50,00 para cada antecipação passada em sua máquina do “ComércioRemunerado”, sendo que Jack praticou a conduta quatro vezes. Disse ainda que o dinheiro entrava em sua conta no “ComércioRemunerado” e era transferido para a conta de Fênix. O auxílio emergencial era disponibilizado pela União, por meio da Caixa Econômica Federal. O crime supostamente praticado nesse caso é o de:

- a) estelionato;
- b) furto mediante fraude;
- c) apropriação indébita;
- d) apropriação indébita previdenciária;
- e) peculato.

05. (FGV – Juiz de Direito – TJ – MG/2022) No dia 5 de abril de 2021, às 23h59min, Odisseu, após arrombar a porta, entrou no supermercado Olimpo, localizado no Estado de Minas Gerais, onde teve sua presença monitorada por circuito interno de TV de uma empresa de segurança. Durante o tempo que esteve no supermercado, Odisseu subtraiu diversos itens, com valor total estimado em R\$ 500,00 (quinhentos reais), fato que foi observado

pela empresa de segurança, que acionou a Polícia Militar. Ato contínuo, Odisseu saiu do estabelecimento com os bens em sua mochila, sendo preso em flagrante delito a 100 (cem) metros de distância do supermercado por um policial civil à paisana, que desconfiou do comportamento de Odisseu. Considerando o caso hipotético acima, com base no Código Penal e na jurisprudência atualizada do Superior Tribunal de Justiça, assinale a afirmativa correta.

- a) Trata-se de crime tentado, pois Odisseu não teve a posse mansa e pacífica dos bens subtraídos.
- b) Trata-se de crime impossível, pois Odisseu estava sendo monitorado durante toda sua empreitada criminosa, sendo abordado nas imediações do supermercado.
- c) Para que seja concedida a causa de redução de pena disposta no Art. 155, § 2º, do Código Penal (furto privilegia-do), Odisseu deverá ser réu primário, podendo, contudo, ser portador de Maus antecedentes.
- d) Não incide, no caso, a majorante disposta no Art. 155, § 1º, do Código Penal (repouso noturno), visto que se trata de furto qualificado.

06. (FGV – Juiz de Direito – TJ – SC/2022) Gabriela entrou em um supermercado portando duas sacolas vazias, típicas de uso em estabelecimento comercial. Ato contínuo, pegou vários produtos de alto valor que lá se encontravam à venda, colocou-os dentro das referidas sacolas e as amarrou, fechando-as, depositando-as em um carrinho, juntamente com dois produtos de pequeno valor. Ao passar pelo caixa, Gabriela efetuou o pagamento apenas dos produtos de pequeno valor, saindo do estabelecimento sem pagar pelos produtos que se encontravam nas sacolas que levava, logrando ludibriar o caixa, fazendo-o crer que os produtos que nelas se encontravam não eram de propriedade do supermercado. Como havia câmeras de monitoramento e seguranças no supermercado, um deles desconfiou de Gabriela, sendo por ele interceptada, alguns minutos após, já fora do estabelecimento comercial, na posse dos bens subtraídos, sendo, então, detida. De acordo com a jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, a adequação típica da conduta de Gabriela corresponde a:

- a) crime impossível, não se punindo a tentativa, por ineficácia absoluta do meio, em razão de o estabelecimento contar com câmeras de monitoramento e seguranças;
- b) crime de furto simples em sua modalidade tentada, pois a agente não deteve a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo;
- c) crime de furto qualificado pela fraude em sua modalidade tentada, pois a agente não deteve a posse mansa e pacífica da res furtiva;
- d) crime de furto qualificado pela fraude consumado, pois a agente deteve a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo;
- e) fato atípico, aplicando-se o princípio da insignificância, por ausência de lesividade, já que os bens foram recuperados pelo estabelecimento.

07. (Instituto AOCB – Defensor Público – DPE – PR/2022) Pedro, que já foi condenado por roubo em 2003, com a correlata pena extinta em 2011, foi denunciado, em 2017, pela prática de um novo crime. Na denúncia, lhe foi imputada a subtração, mediante rompimento de obstáculo, de coisa alheia móvel avaliada em R\$ 1.000,00, pertencente ao seu genitor Fabiano, que possuía 60 anos de idade. Na data do crime dessa nova denúncia, o salário mínimo era de R\$ 937,00. A sentença será prolatada em 2021, quando o salário-mínimo é de R\$ 1.100,00. Diante dessa situação

hipotética e considerando a legislação aplicável e o entendimento dos Tribunais Superiores, assinale a alternativa correta.

- a) O Magistrado não deverá condenar Pedro, eis que presente uma escusa absolutória.
- b) O Magistrado deverá condenar Pedro e afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 155, §2º, do Código Penal (furto privilegiado), eis que a qualificadora do rompimento de obstáculo não permite a aplicação do privilégio.
- c) O Magistrado deverá condenar Pedro e afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 155, §2º, do Código Penal (furto privilegiado), eis que ele não possui bons antecedentes.
- d) O Magistrado deverá condenar Pedro e aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 155, §2º, do Código Penal (furto privilegiado).
- e) O Magistrado deverá condenar Pedro e afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 155, §2º, do Código Penal (furto privilegiado), eis que a coisa subtraída não possui pequeno valor.

08. (CEBRASPE – Defensor Público – DPE – PI/2022) Wilson, por meio de telefone celular, enviou uma mensagem para um número desconhecido ofertando falso empréstimo a juros baixos. Em 5 de junho de 2021, foi respondido por Alexandre, de 64 anos de idade, que se interessou pela oferta. Para concretizar o empréstimo, Wilson solicitou os dados pessoais e bancários de Alexandre, com senhas, além de um depósito inicial de mil reais. Diante da oferta, Alexandre repassou todas as informações por mensagens e realizou o depósito. Para sua surpresa, no mesmo dia, Alexandre observou, em sua conta bancária, um empréstimo consignado, no valor de R\$ 12.000,00, bem como uma transferência para uma terceira pessoa, mediante PIX, no valor de R\$ 13.145,00, o que deixou sua conta negativada em R\$ 1.145,00. Após esse evento, Wilson não respondeu aos contatos de Alexandre. Com as investigações policiais, confirmou-se a autoria e a existência do delito. Diante dessa situação hipotética, assinale a opção correta.

- a) Ao induzir Alexandre em erro para obter vantagem ilícita, Wilson praticou o crime de estelionato, para o qual a pena prevista é de reclusão de 1 a 5 anos e multa; nessa situação, é indispensável a representação da vítima.
- b) Wilson praticou o crime de furto mediante fraude, com reclusão de 2 a 8 anos e multa, ao subtrair coisa alheia

móvel, mediante engano; nessa situação, é desnecessária a representação da vítima.

- c) Wilson praticou o crime de estelionato simples, com majorante de 1/3 ao dobro; nessa situação, é indispensável a representação da vítima.
- d) Wilson praticou crime de fraude eletrônica, com pena de reclusão de 4 a 8 anos e multa, majorada de 1/3 ao dobro; nessa situação, é indispensável a representação da vítima.
- e) Wilson praticou crime de fraude eletrônica, com pena de reclusão de 4 a 8 anos e multa, com majorante de 1/3 ao dobro; nessa situação, é dispensável a representação da vítima.

09. (FGV/OAB/XXXII_Exame – 2021) Paulo é dono de uma loja de compra e venda de veículos usados. Procurado por um cliente interessado na aquisição de um veículo Audi Q7 e não tendo nenhum similar para vender, Paulo promete ao cliente que conseguirá aquele modelo no prazo de sete dias. No dia seguinte, Paulo verifica que um carro, do mesmo modelo pretendido, se achava estacionado no pátio de um supermercado e, assim, aciona Júlio e Felipe, conhecidos furtadores de carros da localidade, prometendo a eles adquirir o veículo após sua subtração pela dupla, logo pensando na venda vantajosa que faria para o cliente interessado. Júlio e Felipe, tranquilos com a venda que seria realizada, subtraíram o carro referido e Paulo efetuou a compra e o pagamento respectivo. Dias após, Paulo vende o carro para o cliente. Todavia, a polícia identificou a autoria do furto, em razão de a ação ter sido monitorada pelo sistema de câmeras do supermercado, sendo o veículo apreendido e recuperado com o cliente de Paulo. Paulo foi denunciado pela prática dos crimes de receptação qualificada e furto qualificado em concurso material. Confirmados integralmente os fatos durante a instrução, inclusive com a confissão de Paulo, sob o ponto de vista técnico, cabe ao advogado de Paulo buscar o reconhecimento do

- a) crime de receptação simples e furto qualificado, em concurso material.
- b) crime de receptação qualificada, apenas.
- c) crime de furto qualificado, apenas.
- d) crime de receptação simples, apenas.

GAB	01	E	02	D	03	C	04	B	05	C
	06	D	07	E	08	D	09	C		

FURTO DE COISA COMUM

Art. 156. Subtrair o condômino, co-herdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

§ 1º – Somente se procede mediante representação.

§ 2º – Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Objetividade jurídica: tutela-se o patrimônio. É uma espécie menos grave de furto. O objeto jurídico é a propriedade, posse ou detenção de coisa comum (pertencente a várias pessoas, inclusive ao sujeito ativo).

Sujeito ativo: trata-se de crime próprio, que só pode ser praticado pelo condômino, coerdeiro ou sócio. O sócio de fato, pode cometer este delito? Responde Damásio de Jesus, com razão: “Para nós, como a lei apenas fala em ‘sócio’, não fazendo qualquer distinção quanto à sua natureza, é irrelevante que a sociedade seja legalmente constituída ou de fato” (ob. cit., v. 2, p. 336). Há, contudo, julgado em sentido contrário (RT 168/492).

Sujeito passivo: será todo aquele que detém legitimamente a coisa, como sócio, coerdeiro, condômino ou um terceiro qualquer.

Conduta: a conduta tipificada continua a mesma do dispositivo anterior (apoderar-se), recaindo, agora, sobre coisa comum. O bem visado pelo agente deve estar na legítima posse de outrem (condômino, co-herdeiro ou sócio, ou de terceiro). Se o sócio desvia coisa da sociedade de que faz parte e em cuja direção se encontra, não há cogitar do delito de furto de coisa comum, podendo ocorrer, se reunidos todos os elementos integrantes da figura, o crime de apropriação indébita (RF 192/408).

Tipo subjetivo: pune-se a conduta dolosa apenas (de subtrair coisa comum).

Como tratar o caso do agente que, por erro, subtrai coisa comum pensando ser alheia?

Fragoso responde: “Deverá sempre reconhecer-se o crime do art. 156 do CP se o agente supõe, erroneamente, ser alheia a coisa comum objeto da ação” (ob. cit., v. 1, p. 193).

Consumação e tentativa: o momento consumativo é objeto de divergência, como no furto do art. 155, entendendo a maioria ser suficiente a retirada da coisa da esfera de posse e disponibilidade da vítima.

Admite-se a tentativa.

Exclusão da ilicitude: o § 2º traz uma “causa especial de excludente da ilicitude”. Poderá haver ou não crime dependendo da natureza jurídica do bem subtraído:

Qualidades do bem móvel		Consequências
Fungível	Excede a quota a que tem direito	Há crime
	Não excede a quota a que tem direito	Não haverá crime
Infungível	Excede a quota a que tem direito	Há crime
	Não excede a quota a que tem direito	Há crime

Ação penal: é pública condicionada a representação.

2. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (Fundação Aroeira – Delegado de Polícia – TO/2014)

É crime contra o patrimônio, em que somente se procede mediante representação,

- o furto de coisa comum.
- a alteração de limites.
- o dano simples.
- a fraude à execução.

GAB 01 A

▼ CAPÍTULO II – DO ROUBO E DA EXTORSÃO

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.

§ 1º – Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

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

I – (Revogado pela Lei 13.654/18);

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

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

IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de aceros que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

VII – se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca.

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

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

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

§ 2º-B Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo.

§ 3º Se da violência resulta:

I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;

II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Objetividade jurídica: o crime de roubo é um crime complexo, unidade jurídica que se completa pela reunião de dois tipos penais: furto (art. 155 do CP) e constrangimento ilegal (art. 146 do CP). Tutela-se, a um só tempo, o patrimônio e a liberdade individual da vítima.

Ainda que a integridade física seja atingida, o legislador preferiu acomodar o tipo dentro do capítulo dos crimes contra o patrimônio.

Sujeito ativo: a exemplo do que estudamos no furto, também aqui qualquer pessoa pode praticar o crime, exceto o proprietário do bem, que pode ser responsabilizado por exercício arbitrário das próprias razões.

Sujeito passivo: é o proprietário, possuidor ou o mero detentor da coisa, bem como a pessoa contra quem se dirige a violência ou grave ameaça, ainda que desligada

da lesão patrimonial (segurança pessoal do possuidor do bem móvel, por exemplo).

Conduta: duas formas de roubo estão previstas no tipo em estudo: o roubo próprio (*caput*) e o impróprio (§ 1º).

Roubo próprio: aqui o agente, antes de apoderar-se do patrimônio alheio, emprega: a) de violência; b) grave ameaça c) ou qualquer outro meio capaz de impossibilitar a vítima de resistir ou defender-se.

Para que se caracterize a **violência** contra a pessoa, basta simples lesão leve ou vias de fato.

A **ameaça** a que se refere o tipo é uma coação psicológica, a promessa de causar um mal injusto, grave e possível.

A superioridade numérica de agentes, de acordo com os Tribunais Superiores, não serve para caracterizar a grave ameaça, tratando-se, na verdade, de furto qualificado (HC 147.622-RJ, Rel. originário Min. Nilson Naves,

Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 9/3/2010).

A simulação do uso de arma de fogo durante a subtração configura grave ameaça caracterizadora do crime de roubo, pois tal conduta é suficiente para causar a intimidação da vítima (nesse sentido: *RJDTACRIM 7/255*).

Ainda a propósito de simulações, o STF decidiu que o indivíduo que simula um roubo contra si e outra pessoa visando a se apoderar de dinheiro pertencente à empresa em que ambos trabalham é sujeito ativo de subtração violenta, não de estelionato. No caso julgado, dois indivíduos, funcionários de determinada empresa, haviam sido incumbidos de ir ao banco para sacar quantia em dinheiro. Um deles, sem o conhecimento do companheiro de trabalho, combinou com seu cunhado o roubo do dinheiro. Cumprindo o plano criminoso, este último indivíduo abordou seu comparsa e o outro funcionário da empresa quando ambos deixaram o banco e, simulando portar arma de fogo, subtraiu o numerário, que estava dividido em dois envelopes, carregados separadamente por cada um dos funcionários. No dia seguinte, arrependido, o funcionário que havia articulado o crime o confessou a seu patrão. Denunciado e condenado por roubo em concurso de pessoas, o agente tentou, em segunda instância, afastar a condenação, mas não obteve êxito. Concluiu-se que não seria possível desclassificar a conduta porque, não obstante o roubo tenha sido simulado entre uma das vítimas e o assaltante, a outra vítima não tinha ciência de nada e foi efetivamente submetida à grave ameaça, sentindo-se, portanto, intimidada, tanto que entregou o dinheiro que estava em seu poder. Além disso, o tribunal manteve a majorante relativa ao concurso de pessoas, pois ainda que o funcionário autor do planejamento da subtração não tenha ameaçado diretamente seu colega, a vinculação com seu cunhado, que empregou a grave ameaça, representa o concurso de agentes (HC 147.584/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 02/06/2020).

O **outro meio** referido no tipo refere-se à violência imprópria (emprego de drogas, soníferos, hipnose etc.).

✦ **ATENÇÃO:** se é a própria vítima quem se coloca em uma condição que a incapacite de oferecer resistência, a eventual subtração não será crime de roubo, mas o de furto.

Roubo impróprio (roubo por aproximação): § 1º – nesta hipótese, após subtrair a coisa, o agente constrange a vítima mediante violência ou grave ameaça para assegurar a impunidade do crime ou a detenção do bem (trata-se de um crime de furto que se transforma em roubo em face das circunstâncias do caso concreto).

✦ **ATENÇÃO:** para configurar roubo impróprio é imprescindível o prévio apoderamento da coisa. Assim, se o agente, sem apoderar-se do bem visado, é surpreendido pela vítima, empregando contra ela violência para conseguir fugir, não se caracteriza o roubo impróprio, mas furto tentado em concurso com crime contra a pessoa.

Ao contrário do *caput*, o roubo impróprio só ocorre com o emprego de violência ou grave ameaça. Não haverá roubo impróprio se o agente usa de qualquer outro meio para reduzir ou afastar a possibilidade de resistência. Também não se pode fazer analogia, mas pode haver no caso concreto a consumação de outro crime.

A doutrina e a jurisprudência são copiosas no sentido de que o delito de roubo, em qualquer de suas formas, não admite o princípio da insignificância.

Note-se, por fim, que, quando vigorava a Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), o ato de roubar por inconformismo político se subsumia ao art. 20 daquele diploma legal. Com a revogação operada pela Lei 14.197/21, não houve tipificação de delito semelhante no Título XII do CP. Nesse caso, há continuidade normativo-típica no art. 157, mantendo-se a pena mínima anterior, de três anos.

Tipo subjetivo: é o dolo, consistente na vontade consciente de apoderar-se, para si ou para outrem, mediante violência ou grave ameaça, de coisa alheia móvel. No roubo próprio, exige-se a presença do elemento subjetivo do tipo, que se consubstancia na finalidade de obtenção da coisa para si ou para outrem. Já na modalidade do § 1º, além desse fim especial, deve o agente empregar a violência para assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída.

Para a maioria o **roubo de uso** deve ser punido. Rogério Greco, entretanto, defende no caso haver apenas crime de constrangimento ilegal (art. 146 do CP).

Consumação e tentativa:

Roubo próprio	Roubo impróprio
Consuma-se com a subtração da coisa (apoderamento).	Consuma-se com o emprego da violência ou grave ameaça

O STJ sumulou o entendimento de que o crime de roubo se consuma com a inversão da posse mediante violência ou grave ameaça, mesmo que brevemente e seguida de perseguição imediata, independentemente de posse mansa e pacífica (súmula nº 582).

O STF, no HC 104.593/SP, apesar de ratificar entendimento de que a consumação do crime de roubo próprio independe da posse mansa da coisa, não aplicou a tese quando a ação do agente é monitorada pela Polícia que, obstando a possibilidade de fuga, frustra a consumação, reconhecendo, no caso, a tentativa.

Já decidiu o STF que o roubo cometido contra mais de uma pessoa, no mesmo contexto fático, caracteriza o concurso formal de delitos (HC 112.871/DF, rel. Min. Rosa Weber, DJe 30/04/2013). Para o STJ, é possível o concurso formal, mas deve ser observada a quantidade de patrimônios atingidos pela subtração, não a quantidade de vítimas submetidas à conduta. Assim, se o agente subjugou duas ou mais pessoas para subtrair pertences de apenas uma delas, haverá só um crime de roubo (HC 363.933/SP, j. 20/06/2017). Se, no entanto, foi atingido mais de um patrimônio, impõe-se o concurso formal:

“Conforme consignado pelo Tribunal *a quo*, a ação do acusado lesionou objetos e pertences individualizados de duas vítimas, ferindo patrimônios diversos (roubo das armas de fogo da empresa de vigilância, além do roubo dos valores em dinheiro existentes na agência bancária). Dessa forma, praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos” (AgRg no REsp 1.243.675/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 29/08/2016).

Ressaltamos que o fato de serem as vítimas da mesma família não torna o crime único, incidindo, ainda assim, a regra do concurso formal:

“[...] 2. Tendo o roubo atingido, além do patrimônio comum de duas vítimas casadas, proprietárias de estabelecimento comercial, também bens pessoais, é imperioso reconhecer-se o concurso formal de delitos. Precedentes. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não há falar em crime único quando, em um mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a pessoas diferentes, ainda que da mesma família, incidindo, na espécie, a regra prevista no art. 70, primeira parte, do CP” (STJ – AgRg no AREsp 1.651.955/GO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 23/06/2020).

Estabelecida a jurisprudência sobre o concurso formal, a orientação majoritária é de que se trata da modalidade própria:

“A teor do entendimento consolidado desta Corte, foi reconhecida a prática pelo réu de dois crimes de roubo qualificado, em concurso formal próprio (CP, art. 70, primeira parte), já que, mediante uma só ação e no mesmo contexto fático, foram subtraídos bens pertencentes a duas vítimas distintas” (HC 596.204/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 25/08/2020).

A maioria da doutrina admite a tentativa nas duas hipóteses.

Adotando a teoria objetivo-formal para diferenciar os atos preparatórios dos executórios, o STJ decidiu que há simples atos preparatórios, e não tentativa de roubo, na situação em que o agente é surpreendido rompendo o cadeado e destruindo a fechadura da porta para ingressar em uma residência e, utilizando arma de fogo, efetuar a subtração:

“1. A despeito da vagueza do art. 14, II, do CP, e da controvérsia doutrinária sobre a matéria, aplica-se o mesmo raciocínio já desenvolvido pela Terceira Seção deste Tribunal (CC 56.209/MA), por meio do qual se deduz a adoção da teoria objetivo-formal para a separação entre atos preparatórios e atos de execução, exigindo-se para a configuração da tentativa que haja início da prática do núcleo do tipo penal. 2. O rompimento de cadeado e a destruição de fechadura de portas da casa da vítima, com o intuito de, mediante uso de arma de fogo, efetuar subtração patrimonial da residência, configuram meros atos preparatórios que impedem a condenação por tentativa de roubo circunstanciado. 3. Agravo conhecido, para admitir o recurso especial, mas negando-lhe provimento.” (AREsp 974.254/TO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 21/09/2021)

Majorantes: são aplicáveis tanto ao roubo próprio (*caput*) quanto ao impróprio (§ 1º).

I – emprego de arma: o inciso I do § 2º foi revogado pela Lei 13.654/18.

A mesma lei inseriu no art. 157 o § 2º-A, que aumenta a pena do roubo cometido com o emprego de arma de fogo. Posteriormente, a **Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime)** incluiu no § 2º o inciso VII, que majora a pena pelo emprego de arma branca, e inseriu no art. 157 o § 2º-B, que trata do emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. Veremos à frente quais as consequências dessas alterações legislativas.

II – concurso de pessoas: a questão, aqui, capaz de gerar alguma controvérsia, é a que diz respeito à presença dos partícipes no evento. Assim como no furto, sustenta Hungria a necessidade de que todos os agentes se façam presentes no momento da ação, ainda que não cooperem materialmente (ob. cit., v. 7, p. 58). Guilherme de Souza Nucci (ob. cit., p. 691) e Mirabete (Manual de direito penal cit., v. 2, p. 227), no entanto, consideram dispensável a prática de atos executórios por todos os agentes.

Para fins de aplicação da majorante do concurso de pessoas computam-se os inimputáveis ou pessoas não identificadas que tenham participado do crime.

III – transporte de valores: ensina Bitencourt que o “sujeito passivo desta majorante não pode ser, em hipótese alguma, o proprietário dos ‘valores transportados’. A majorante é estar a vítima ‘em serviço de transporte de valores’; como ‘serviço’ sempre se presta a outrem, e não si próprio, isso significa que os valores transportados por quem se encontra em ‘serviço’ não são próprios, mas de terceiro, que é o dono ou proprietário de tais valores. Logo, sendo roubado o próprio dono ou proprietário quando se encontra transportando valores não incide a majorante” (Tratado de Direito Penal, v. 3, p. 101).

O que são valores?

Certamente o vendedor que distribui mercadoria, recebe o preço e retorna à base, também transporta valores. Sem razão, assim, aqueles que buscam limitar o aumento apenas aos casos de transporte de valores das casas bancárias.

Ainda na conformidade desse dispositivo, se o agente rouba uma mala em que se transportam joias, pensando somente conter roupas, não sofrerá o aumento de pena. Deve ter ciência de que a vítima está transportando valores.

O STJ tem decidido que o roubo cometido contra os Correios atrai a majorante:

“A pena do delito de roubo é majorada se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância, salientando-se que o termo “transporte de valores” deve abranger outros bens e produtos de valor econômico. Na hipótese, as vítimas eram funcionários da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que transportavam produtos cosméticos de expressivo valor econômico e liquidez” (REsp 1.309.966/RJ, j. 26/08/2014).

A competência para o julgamento do roubo cometido em agência dos Correios será determinada de acordo com a natureza daquele estabelecimento: se própria, o julgamento se dá na Justiça Federal; se franqueada, na Justiça Estadual, conforme tem decidido a Terceira Seção do STJ (CC 145.800/TO, j. 13/04/2016). Note-se que esse entendimento diz respeito ao roubo cometido contra o patrimônio da agência dos Correios, pois, no caso em que a subtração atinge os bens transportados por Sedex, por exemplo – ainda que por agente terceirizado –, o STJ considera que se trata de crime cometido contra o serviço postal, que atrai a competência da Justiça Federal (CC 133.571/SP, j. 24/09/2014).

Subtração de veículo automotor: no inciso IV, a exemplo do acréscimo ao art. 155, a lei buscou, com a severidade da pena, minimizar o recorrente roubo de veículos automotores e sua posterior remessa a outros Estados ou países, aplicando-se aqui os comentários dispensados à qualificadora do furto.

Restrição à liberdade de locomoção: se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo a sua liberdade, a pena também é aumentada (inciso V).

Nesta hipótese, o agente, para consumir o crime ou garantir o sucesso da fuga, mantém a vítima em seu poder, restringindo a sua liberdade de locomoção. Não se confunde com a hipótese do agente privar desnecessariamente a liberdade de locomoção da vítima, por período prolongado, caso em que teremos roubo em concurso material com o delito de sequestro.

Em razão da modificação introduzida na Lei 8.072/90 pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), o roubo cometido com restrição à liberdade de locomoção da vítima se tornou hediondo. Tratando-se de *novatio legis in pejus*, aplica-se apenas aos delitos cometidos após sua entrada em vigor.

Subtração de substância explosiva: por meio da Lei 13.654/18, o § 2º do art. 157 passou a contar com o inciso VI, que aumenta a pena se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. Aplicam-se, no geral, os mesmos comentários tecidos à qualificadora do § 7º do art. 155, com a diferença de que aqui a subtração se dá mediante violência ou grave ameaça.

Emprego de arma branca: a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) inseriu no § 2º o inciso VII, que majora a pena do roubo cometido com emprego de arma branca, assim considerados todos os objetos confeccionados sem finalidade bélica, porém capazes de intimidar, ferir o próximo (ex.: faca de cozinha, navalha, foice, tesoura, guarda-chuva, pedra, pedaços de vidro, etc.).

Esta causa de aumento integrou o tipo do roubo até 2018, quando a Lei 13.654 revogou o inciso I do § 2º e, no inciso I do § 2º-A, restringiu a majoração ao emprego de arma de fogo. Inúmeras foram as críticas ao procedimento adotado pelo legislador, pois, além de desconsiderar um fator que sem dúvida torna mais grave o crime, a restrição promovida foi benéfica, ou seja, retroagiu para retirar

a majorante de roubos que haviam sido cometidos com objetos outros que não armas de fogo:

“A atual previsão contida no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, incluído pela Lei n. 13.654/2018, limita a possibilidade de aumento de pena à hipótese de a violência ser cometida mediante emprego de arma de fogo, assim considerado o instrumento que “(...) arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil”, de acordo com o art. 3º, XIII, do Decreto n. 3.665/2000.

Portanto, não se está diante de continuidade normativa, mas de abolitio criminis, na hipótese de o delito ser praticado com emprego de artefato diverso de arma de fogo” (STJ - REsp 1.519.860/RJ, j. 17/05/2018).

Em decisões posteriores, o STJ firmou a orientação, inclusive pelo rito dos recursos repetitivos, de que o emprego de arma branca pode fundamentar o aumento da pena-base devido às circunstâncias mais graves do roubo, e esta operação pode ser feita até mesmo em grau de recurso sobre fatos cometidos ainda sob a vigência da majorante revogada, sem que se cogite a ocorrência de *reformatio in pejus*:

“1. Não configura reforma para pior a revisão e alteração dos fundamentos da dosimetria se mantida a pena imposta pela instância antecedente. 2. O emprego de arma branca, embora não configure mais majorante do roubo, pode ser utilizado para exasperar a pena-base. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1.984.686/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 24/05/2022)

“Delimitadas as teses jurídicas para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: 1. Em razão da *novatio legis in melius* engendrada pela Lei n. 13.654/2018, o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado como fundamento para a majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem. 2. O julgador deve fundamentar o novo apenamento ou justificar a não realização do incremento na basilar, nos termos do que dispõe o art. 387, II e III, do CPP. 3. Não cabe a esta Corte Superior a transposição valorativa da circunstância para a primeira fase da dosimetria ou mesmo compelir que o Tribunal de origem assim o faça, em razão da discricionariedade do julgador ao aplicar a *novatio legis in melius*.” (REsp 1.921.190/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 25/05/2022)

Com a majorante ressuscitada, para os fatos cometidos a partir de sua vigência não há mais necessidade de fundamentar o aumento da pena-base em razão da maior gravidade da conduta cometida com armas brancas. Aliás, considerar essa circunstância na pena-base e como majorante caracteriza indistintamente “bis in idem”.

Emprego de arma de fogo e de substância explosiva: o § 2º-A, introduzido pela Lei 13.654/18, estabelece o aumento de dois terços na pena em duas situações.

O inciso I majora a pena se a violência ou a ameaça é exercida com emprego de arma de fogo.

Explica CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

“Segundo a dicção do texto legal, é necessário o *emprego efetivo* de arma, sendo insuficiente o simples *portar*. Para Luiz Regis Prado, no entanto, ‘é suficiente para a caracterização da majorante que o sujeito ativo porte arma ostensivamente, de modo que ameace a vítima, vale dizer, não é imprescindível que venha a fazer uso do instrumento para praticar a violência ou grave ameaça, sob pena de esvaziamento da *ratio legis*’. Divergimos desse entendimento, uma vez que a tipificação legal condiciona a ser a violência ou grave ameaça ‘exercida’ com ‘emprego de arma’, e ‘empregá-la’ significa uso efetivo, concreto, real, isto é, a utilização da arma no cometimento da violência”. (Ob. cit., v. 3, p. 109)

Sempre se ensinou (e decidiu) incidir o aumento quando empregada no crime arma de brinquedo, idônea a atemorizar o próximo.

O próprio HUNGRIA, depois de externar o seu pensamento sobre o que são armas, esclarece que:

“A ameaça com uma arma ineficiente (ex. revólver descarregado) ou fingida (ex. um isqueiro com feição de revólver), mas ignorando o agente tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois o *ratio* desta é a intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir”. (Ob. cit., v. 7, p. 58)

Esse posicionamento estava sumulado no STJ (Súmula 174). Contudo, em 2001, referido Tribunal Superior retificou seu entendimento (por maioria), decidindo, hoje, que a ameaça exercida com emprego de simulacro de arma de fogo é apta para configurar a intimidação caracterizadora do crime de roubo, mas incapaz de gerar a majorante.

Com esse entendimento (e talvez sem perceber), o STJ incentivou a corrente que leciona que arma verdadeira, porém desmuniada (e sem capacidade de pronto muniamento) é tão “inofensiva” quanto uma arma de brinquedo, devendo, igualmente, escapar do aumento. Aliás, se a preocupação é com a capacidade lesiva do instrumento utilizado no crime, manda a coerência que a arma deve ser apreendida e periciada. Entretanto, a maioria da jurisprudência dos tribunais superiores (STF e STJ) orienta que, para a configuração da majorante, mostra-se dispensável a apreensão da arma utilizada no crime, desde que sua utilização fique demonstrada por outros meios de prova. Não obstante, a majorante não é aplicável aos casos nos quais a arma utilizada na prática do delito é apreendida e periciada, mas se constata sua inaptidão para a produção de disparos:

“A caracterização do crime de roubo prescinde da apreensão e perícia da arma de fogo utilizada e, portanto, da definição da potencialidade lesiva desta última” (HC 112.654/SP, j. 03/04/2018).

“1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme de que é prescindível a apreensão e a perícia da arma para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos de prova capazes de comprovar a sua utilização no delito, como no caso concreto, em que demonstrado pela própria Corte de origem que por meio do depoimento da vítima e do corréu, que o apelante com o corréu praticaram o roubo utilizando arma de fogo. 2. O uso de arma

de fogo foi objeto de confissão pelo agravante, razão pela qual não há que se falar em afastamento da causa de aumento de pena. Precedentes” (AgRg no REsp 1.712.795/AM, j. 05/06/2018).

“A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a utilização de arma inapta, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza o emprego de violência, porém não permite o reconhecimento da majorante de pena, já que esta vincula-se ao potencial lesivo do instrumento, dada a sua ineficácia para a realização de disparos” (AgRg no REsp 1.532.816/SP, j. 07/06/2018).

Ainda quanto ao emprego de arma de fogo, firmou-se no STF entendimento no sentido de ser possível a cumulação da majorante do roubo com a da associação criminosa armada prevista no parágrafo único do art. 288 do CP, pois são infrações independentes, protegendo cada qual bens jurídicos próprios (STJ 2/242). E, também quanto ao concurso de crimes, embora o uso da arma seja normalmente tratado apenas como um meio para a subtração, situação na qual o roubo absorve o porte de arma, nem sempre isso ocorre. As circunstâncias do caso concreto é que determinam se o porte de arma pode ser considerado um meio para o roubo ou se deve ser tratado como crime autônomo, somando-se ao roubo majorado:

“Na hipótese dos autos, é de se reconhecer a aplicação do referido princípio, haja vista que os delitos de roubo duplamente majorados pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma e o de porte ilegal de arma de fogo foram praticados no mesmo contexto fático, sendo que este último foi um meio empregado para a prática daqueles, vale dizer, estava inteiramente subordinado à consecução dos roubos. De fato, arma de fogo foi apreendida com os pacientes em local diverso dos sítios em que foram praticados os roubos e em momento distinto, porém no mesmo contexto fático e logo em seguida à perseguição policial”. (STJ – HC 371.692/RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. 14/03/2017)

“A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção’ (HC 178.561/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 13/06/2012). In casu, as instâncias ordinárias concluíram que a posse ilegal de arma de fogo decorreu de desígnio autônomo, rompendo-se o liame temporal e o nexo com o delito de roubo circunstanciado”. (STJ – HC 315.059/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 06/10/2015)

De acordo com o § 2º-B, inserido no art. 157 pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), a pena do *caput* é aplicada em dobro se a arma de fogo empregada for de uso restrito ou proibido.

Destaca-se inicialmente que não se trata de circunstância qualificadora, mas sim de majorante, pois não se estabelece nova cominação que serve de base para o juiz aplicar o critério trifásico. Ao dispor que a pena se aplica em dobro, a lei impõe, tal como seria se o aumento fosse de 1/3, 1/2 ou 2/3, que o juiz majore a pena na terceira fase de aplicação.

Na definição apresentada pelo art. 3º, inc. II, do Anexo I do Decreto 10.030/19 (com redação dada pelo Decreto 10.627/21), são de uso restrito as armas de fogo automáticas, de qualquer tipo ou calibre, semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) não portáteis; b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules.

De acordo com o art. 3º, inc. III, do mesmo decreto, são de uso proibido: a) as armas de fogo classificadas como de uso proibido em acordos ou tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; e b) as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos.

Note-se que o texto da majorante especifica a arma de fogo de uso restrito ou proibido, omitindo-se em relação àquela de uso permitido, mas com características modificadas de forma a torná-la equivalente à de uso restrito.

Neste caso, em que o assaltante utiliza um instrumento de uso permitido modificado e municiado com projéteis de uso restrito, certamente haverá quem considere impossível subsumir a conduta à majorante sem ofensa ao princípio da reserva legal. Pensamos, no entanto, que pode ser aplicado aqui raciocínio semelhante ao desenvolvido pelo STJ a respeito da caracterização da falta grave co-metida pelo preso que mantém sob sua posse acessórios de aparelhos telefônicos. Com efeito, a Lei de Execução Penal pune o preso que possui aparelho telefônico, de rádio ou similar, mas nada menciona acerca de acessórios como baterias, chips e carregadores. O STJ estende a incidência da regra a quem possui os acessórios sob o fundamento de que se trata de objetos imprescindíveis ao funcionamento dos aparelhos e que, por isso, exigem a devida coibição. Nesta causa de aumento do roubo o que importa é a potencialidade lesiva do projétil que po-de atingir a vítima e lhe provocar danos maiores. Pouco importa se o mecanismo de disparo era originalmente de uso permitido, pois o potencial de dano está no objeto disparado. Deste modo, sob pena de insuficiente proteção ao bem jurídico, a nosso ver a expressão “arma de fogo de uso restrito” deve ser compreendida como sendo tanto o artefato assim classificado pela legislação quanto o de uso permitido modificado para aumentar sua potência.

E se o assaltante empregar arma de fogo de uso permitido, mas com numeração suprimida? É sabido que, de acordo com o art. 16, §1º, IV, do Estatuto do Desarmamento, a arma de fogo com numeração suprimida se equipara à arma de fogo de uso restrito. Para uns, não sem razão, essa equiparação basta para subsumir a conduta do assaltante ao art. 157, §2º-B. A posse e o porte da arma com numeração suprimida foram considerados pelo legislador graves o suficiente a ponto de justificar a reprovação criminal equivalente às condutas do *caput* do art. 16. Se a equiparação se baseia na equivalência do dano social, equivalente também deve ser a resposta penal em

qualquer circunstância. Mas há também quem sustente que alterar ou suprimir numeração não aumenta a capacidade lesiva da arma, fundamento para a punição mais severa do § 2º-B. Por isso, a equiparação não deve repercutir fora do Estatuto do Desarmamento, salvo quando a lei for expressa.

O emprego da arma de fogo de uso restrito ou proibido que se restrinja ao contexto fático do roubo atrai apenas a majorante. Se a arma é utilizada tão somente para o cometimento do crime patrimonial, seu emprego é considerado apenas um meio para que se alcance o objetivo final. Se, contudo, a arma for localizada com o agente em outro momento, quando já não seja possível estabelecer uma ligação estreita com a subtração cometida, imputam-se em concurso o crime contra o patrimônio majorado e o crime relativo à arma de fogo (art. 16, *caput* ou § 2º, da Lei 10.826/03).

No mais, a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) alterou o art. 1º da Lei 8.072/90 para inserir no rol dos crimes hediondos o roubo cometido com emprego de qualquer arma de fogo (§ 2º-A e § 2º-B).

Em resumo, o emprego de arma no crime de roubo pode ser assim representado:

Arma branca	Arma de fogo de uso permitido	Arma de fogo de uso restrito ou proibido
Aumento de 1/3 até 1/2	Aumento de 2/3	Aumento em dobro

No inciso II do § 2º-A existe outra majorante para as situações em que há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. Trata-se aqui da situação na qual o agente emprega violência ou grave ameaça a pessoa para praticar a subtração por meio de explosivos.

Imaginemos o caso em que um grupo criminoso invade um estabelecimento comercial durante o expediente, subjuga as pessoas presentes e instala um dispositivo explosivo para abrir um cofre. Antes da Lei 13.654/18 havia o crime de roubo em concurso com o de explosão, mas agora, sob pena de *bis in idem*, imputa-se apenas o roubo com pena majorada em dois terços.

No mais, cabe aqui o mesmo alerta feito nos comentários ao furto a respeito do concurso com o crime do art. 16 da Lei 10.826/03. Considerávamos que, fosse pelo emprego de arma de uso restrito, fosse pelo emprego de explosivo, era inadequada a consunção do art. 16, em virtude de sua natureza hedionda em todas as modalidades. Com a alteração promovida sobre a hediondez do art. 16, que hoje se restringe à posse e ao porte de arma de fogo de uso proibido, não há o que impeça a consunção.

A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) tornou hediondo o furto qualificado pelo emprego de explosivo, mas não o fez em relação ao roubo majorado pela mesma circunstância, omissão inexplicável que torna desproporcionais as consequências penais para estes crimes. De fato, não é nada razoável impor um tratamento muito mais severo ao autor do furto e não o fazer ao autor do roubo, crime

que, além do emprego de explosivo, carrega circunstâncias de especial gravidade como a violência e a grave ameaça a pessoa.

Por fim, ressalte-se, no que concerne ao reflexo de múltiplas majorantes no *quantum* da pena, que, antes da vigência da Lei 13.654/18 e da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), período em que o crime de roubo era majorado apenas pelas circunstâncias do § 2º, o STJ firmou o entendimento de que o aumento na terceira fase de aplicação da pena exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a exasperação a mera indicação do número de majorantes (súmula 443). O STF, que adotava o entendimento de que a pluralidade de circunstâncias majorantes forçava a exasperação da pena a se aproximar do máximo, mudou a orientação e tem seguido o que já havia estabelecido o STJ:

“1. Para a escolha da fração de aumento prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal, exige-se decisão fundamentada em elementos concretos dos autos, não sendo suficiente a mera referência ao número de majorantes indicadas na sentença condenatória. Incidência dos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF). Precedentes do STF e Súmula 443/STJ. 2. Habeas corpus concedido” (HC 128.338/SP, j. 10/11/2015).

Com a entrada em vigor das novas majorantes do § 2º-A e do § 2º-B, pensamos que esta regra pode se relativizar. Se o roubo for cometido em circunstâncias que correspondam a majorantes dispostas em diversos parágrafos, ao juiz é possível limitar-se a um só aumento (art. 68, parágrafo único, do CP) ou aplicar mais de um – conforme as finalidades da pena e as circunstâncias do caso concreto –, seguindo, na segunda hipótese, o princípio da incidência isolada (o segundo aumento recai na pena precedente, não na já aumentada). Assim, num roubo cometido em concurso de pessoas e com emprego de arma de fogo de uso restrito, o juiz pode tanto aplicar apenas o aumento no dobro relativo ao emprego da arma, como também pode fazer incidir o aumento de 1/3 a 1/2 pelo concurso de agentes. Mas o STJ já decidiu que, mesmo neste caso, a incidência cumulativa das majorantes é exceção:

“In casu, não foram declinadas motivações idôneas para justificar a aplicação cumulativa das causas de aumento previstas nos §§ 2º e 2º-A do art. 157 do Código Penal, haja vista que o *modus operandi* da conduta delitiva - roubo cometido em concurso de agentes e com uso de arma de fogo -, já está inserido na descrição típica do crime de roubo qualificado pelas causas de aumento declinadas, não revelando tal circunstância, maior desvalor a justificar o incremento cumulativo das majorantes. Desse modo, constato o patente constrangimento ilegal apontado pela impetrante, de modo que a dosimetria das penas dos pacientes devem ser refeitas, para fazer incidir apenas a causa de aumento prevista no § 2º-A, I, do Código Penal.” (AgRg no HC 698.440/AC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/10/2021)

Roubo qualificado pelo resultado: o § 3º está dividido em dois incisos. O primeiro refere-se ao resultado lesão corporal de natureza grave (§§ 1º e 2º do art. 129 do CP); o segundo, ao resultado morte (latrocínio). A divisão em

dois incisos foi promovida pela Lei 13.654/18, que também alterou a pena máxima relativa à primeira qualificadora, passando-a de quinze para dezoito anos. E a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) alterou a Lei 8.072/90 para incluir no rol dos crimes hediondos o roubo do qual decorre lesão corporal grave. Antes, apenas o latrocínio era classificado como hediondo, mas, atualmente, ambas as qualificadoras têm esta natureza.

No latrocínio, a vontade do agente deve estar voltada ao patrimônio, valendo-se da morte como meio para alcançar o fim desejado.

Para a ocorrência da qualificadora o resultado deve ter sido causado ao menos culposamente (dolo ou culpa, RT 413/113), sendo possível a tentativa no caso em que o agente, com a intenção de provocar a morte, não a consuma por circunstâncias alheias à sua vontade.

Utilizando a lei a expressão “se da violência resulta...”, entende-se que não há latrocínio se o resultado qualificador decorre do emprego de grave ameaça, quando haverá crime de roubo em concurso com homicídio, podendo este ser doloso ou culposo, dependendo das circunstâncias fáticas. Há, todavia, decisões, em número minoritário, no sentido de que, mesmo sendo a morte decorrência da grave ameaça, caracteriza latrocínio, bastando o nexo causal objetivo (nesse sentido, RT 620/333). Do mesmo modo, há julgados reconhecendo o latrocínio quando, durante o assalto, a vítima sai correndo na direção de rodovia, sendo atropelada (JTJ 158/304).

Para que haja latrocínio é necessário, também, que a morte decorra da violência empregada durante (fator tempo) e em razão (fator nexo causal) do assalto. Ausente qualquer desses pressupostos, o agente responderá por crime de homicídio doloso em concurso com o roubo.

A jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que o coautor que participa do roubo armado responde pelo latrocínio, ainda que o disparo tenha sido efetuado só pelo comparsa (RTJ 98/636). E de que é desnecessário saber qual dos coautores desferiu o tiro, pois todos respondem pelo fato (RTJ 633/380).

A doutrina entende haver concurso de roubo e homicídio – e não latrocínio – quando um dos assaltantes mata o outro, para, por exemplo, ficar com todo o dinheiro subtraído, ainda que a morte ocorra durante o assalto. Isso porque, no caso, o resultado morte atingiu o próprio sujeito ativo do roubo, delito em que a tutela recai na posse e na propriedade legítimas. O assaltante não pode ser vítima no mesmo contexto do crime patrimonial do qual é autor. Por outro lado, se o agente efetua um disparo para matar a vítima, mas, por erro de pontaria, acaba atingindo e matando seu comparsa, o crime é de latrocínio. Nesse caso, ocorreu a chamada *aberratio ictus* (art. 73), em que o agente responde como se tivesse atingido a pessoa que visava.

Consumação:

Morte	Subtração	Latrocínio
Consumada	Consumada	Consumado
Tentada	Tentada	Tentado

Em regra, para a consumação de um crime complexo, é preciso que se verifiquem todos os elementos que integram o tipo, como vemos acima. Entretanto, no latrocínio, há uma peculiaridade:

Morte	Subtração	Latrocínio
Consumada	Tentada	Consumado (súmula 610 do STF)
Tentada	Consumada	Tentado

Esta é a posição que prevalece na doutrina e na jurisprudência, muito embora haja opiniões em contrário.

Decidiu o STJ ser irrelevante, para a caracterização do latrocínio tentado, que a vítima não tenha sofrido lesão (HC 201.175/MS, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 08/05/2013).

Se a intenção inicial do agente era apenas a morte da vítima, mas, após a consumação do crime de homicídio, resolve subtrair os bens da vítima, responderá pelo crime de homicídio em concurso com furto.

No crime de latrocínio, havendo pluralidade de vítimas numa só subtração há também pluralidade de crimes?

Para parcela da doutrina, sendo o latrocínio crime complexo, a pluralidade de vítimas não implica pluralidade de latrocínios. É através da quantidade de subtrações que se afere a quantidade de roubos. O número de vítimas (feridas ou ameaçadas numa única subtração) serve apenas na fixação da pena. Nesse sentido, explana Bitencourt:

“É desnecessário que a vítima da violência seja a mesma da subtração da coisa alheia, desde que haja conexão entre os dois fatos; nesse caso, tratando-se de vítima da violência distinta daquela da subtração, haverá dois sujeitos passivos, sem desnaturar a unidade do crime complexo, que continua único” (ob. cit., vol. 3, p. 110).

O STF também já decidiu dessa forma no HC 109.539/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31/05/2013. E tem reiterado a orientação, como ocorreu no RHC 133.575/PR (j. 21/02/2017), no qual o tribunal também estabeleceu a responsabilidade penal por latrocínio do agente que, em unidade de desígnios, de alguma forma toma parte no roubo em que perece a vítima, ainda que não tenha sido ele o causador direto da morte. O tribunal já havia se manifestado no sentido de que o coautor do roubo armado responde pelo latrocínio ainda que o disparo tenha sido efetuado só pelo comparsa. No julgamento do HC 133.575, a orientação foi reiterada, destacando-se que, no caso concreto, foi apurado que o impetrante havia contribuído ativamente para o cometimento do crime, em unidade de desígnios e mediante divisão de tarefas com os demais, exercendo pleno domínio do fato e assumindo o risco de que um resultado mais grave viesse a ocorrer. Para o tribunal, o coautor “responde pelo crime de latrocínio, ainda que não tenha sido o autor do disparo fatal ou que sua participação se revele de menor importância”.

Em sentido diverso, vem decidindo o STJ:

“Esta Corte Superior, de forma reiterada, já decidiu que incide o concurso formal impróprio (art. 70, segunda parte, do Código Penal) no crime de latrocínio, nas hipóteses em que o agente, mediante uma única subtração patrimonial, busca alcançar mais de um resultado morte, caracterizados os desígnios autônomos. Precedentes” (HC 120.455/RJ, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 30/06/2016).

Ação penal: é pública incondicionada.

2. ENUNCIADOS DE SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA

♦ **STF – Súmula 610.** Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.

♦ **STF – Súmula 603.** A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri.

♦ **STJ – Súmula 582.** Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

♦ **STJ – Súmula 443.** O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

♦ **STJ – Súmula 442.** É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo.

3. INFORMATIVOS DE JURISPRUDÊNCIA

♦ **STJ – 659 – Roubo armado a agência dos Correios. Tentativa de homicídio contra policiais militares estaduais. Conexão. Competência da Justiça Federal**

A Terceira Seção já teve oportunidade de assentar a competência da Justiça comum estadual para julgar crimes de homicídio praticados contra Policiais Militares estaduais no exercício de suas funções, mesmo que ocorridos no contexto do crime federal de contrabando. Não obstante propõe-se, aqui, uma diferenciação. Na situação em que o crime de homicídio ou tentativa de homicídio é praticado no contexto do delito federal de contrabando, não se questiona a competência Estadual. Entretanto, quando o crime contra a vida é executado ou tentado no contexto de crime de roubo armado contra órgãos, autarquias ou empresas públicas da União, cuja tipificação traz as elementares da violência ou da grave ameaça, impera o reconhecimento da competência do Juízo Federal. Segundo a doutrina, quando um crime ocorre para garantir a impunidade ou vantagem de outro, tem-se a conexão objetiva consequencial ou sequencial. No caso de roubo praticado em detrimento de empresa pública federal - por exemplo, Empresa de Correios e Telégrafos, Caixa Econômica Federal -, havendo a imediata perseguição com troca de tiros, eventual homicídio, consumado ou tentado, implicará conexão consequencial entre os dois delitos. O crime contra a vida, nessa hipótese, só existe em razão do delito contra a empresa federal e seu objetivo último é o exaurimento da infração patrimonial. Em outros termos, no mundo fenomenológico, esse homicídio orbita em torno do roubo em detrimento da empresa pública federal em total dependência deste. CC 165.117/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 23/10/2019.

✦ **STJ – 658 – Roubo. Coisa alheia móvel. Dívida de corrida de táxi**

No caso, o agente se negou a efetuar o pagamento da corrida de táxi e desferiu um golpe de faca no motorista, sem (tentar) subtrair objeto algum, de modo a excluir o animus furandi, o que afasta a conduta do núcleo do tipo de roubo qualificado pelo resultado, composto pelo verbo subtrair e pelo complemento “coisa alheia móvel”. A equiparação da dívida de transporte com a coisa alheia móvel prevista no tipo do art. 157 do Código Penal não pode ser admitida em razão dos princípios elementares da tipicidade e da legalidade estrita que regem a aplicação da lei penal. A doutrina conceitua coisa como “tudo aquilo que existe, podendo tratar-se de objetos inanimados ou de semoventes”. Ademais, embora a dívida do agente para com o motorista tenha valor econômico, de coisa não se trata, ao menos para fins de definição jurídica exigida para a correta tipificação da conduta. Aliás, de acordo com a doutrina, “os direitos reais ou pessoais não podem ser objeto de furto”. REsp 1.757.543/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 24/09/2019.

✦ **STF – 899 – Roubo e extorsão e a continuidade delitiva**

Por não constituírem delitos da mesma espécie, não é possível reconhecer a continuidade delitiva na prática dos crimes de roubo e extorsão. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, denegou a ordem de “habeas corpus”. A defesa alegou ser cabível a continuidade delitiva, pois o roubo e a extorsão teriam sido praticados contra a mesma pessoa, no mesmo lugar e em contexto semelhante. Sustentou, ainda, que os crimes são da mesma espécie, pois tangenciam o mesmo bem jurídico e revelam elementos e sanções similares. O Colegiado considerou evidente a divisão de desígnios das condutas, uma vez que o paciente já havia consumado o roubo quando passou a exigir algo que apenas a vítima podia fornecer, de modo a caracterizar a consumação do crime de extorsão. Vencido o ministro Marco Aurélio (relator), que deferiu a ordem. Entendeu que estava caracterizada a continuidade delitiva. HC 114667/SP, rel. org. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, j. 24/04/2018.

✦ **STJ – 559 – Direito processual penal. Hipótese de competência da justiça federal para julgar crime de latrocínio.**

Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de latrocínio no qual tenha havido troca de tiros com policiais rodoviários federais que, embora não estivessem em serviço de patrulhamento ostensivo, agiam para reprimir assalto a instituição bancária privada. O art. 109 da CF prevê que compete à Justiça Federal processar e julgar “os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da

Justiça Eleitoral”. Assim, se um servidor público federal é vítima de um delito em razão do exercício de suas funções, tem-se que o próprio serviço público é afetado, o que atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito (Súmula 147 do STJ). No caso, observa-se que, embora os policiais rodoviários federais não estivessem em serviço de patrulhamento ostensivo, possuem, como agentes policiais, o dever legal de prender em flagrante quem estiver praticando crime, nos termos do art. 301 do CPP: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Assim, o certo é que era incumbência dos policiais rodoviários federais, naquele momento, reprimir a prática criminosa, motivo pelo qual não há dúvidas de que agiram no exercício de suas funções, o que revela a competência da Justiça Federal. Precedente citado: RHC 31.553-MT, Quinta Turma, Dje 26/8/2013. HC 309.914-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 7/4/2015, Dje 15/4/2015.

4. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (FGV – Juiz de Direito – TJ – SC/2022) Sérgio e Renato voltavam para casa, quando dois rapazes se aproximaram, anunciaram o roubo e exigiram a entrega dos celulares. Um deles apontou um revólver na cara de Renato e determinou que não olhasse. As vítimas entregaram os objetos e saíram. Os rapazes voltaram e roubaram a bicicleta de Sérgio, com intimidação realizada mais uma vez, por meio do emprego de arma de fogo. As vítimas imediatamente acionaram a polícia, que logrou encontrar os agentes na posse de apenas um dos celulares, não havendo qualquer informação sobre o destino do outro aparelho, da bicicleta ou da arma de fogo. O prejuízo estimado foi de R\$ 3.500,00. Os agentes foram denunciados pela prática do delito do Art. 157, §2º, inciso I, e §2º-A, inciso I, na forma do Art. 70, ambos do Código Penal. Ao prolatar sentença:

- deve ser afastada a incidência da majorante do emprego de arma de fogo, pois a falta de apreensão e perícia impede a verificação sobre a arma se encontrar desmuniçada ou inapta para efetuar disparos;
- a incidência da majorante do emprego de arma de fogo independe da apreensão e perícia no artefato utilizado para a prática do crime, desde que comprovada a sua utilização por outros meios idôneos de prova;
- a incidência da majorante do emprego de arma de fogo independe da apreensão e perícia no artefato utilizado para a prática do crime, diante da discricionariedade do juiz na apreciação dos elementos de convicção;
- a incidência da majorante do emprego de arma de fogo independe da apreensão e perícia no artefato utilizado para a prática do crime, sendo desnecessária a comprovação da sua utilização por outros meios idôneos de prova;
- deve ser afastada a incidência da majorante do emprego de arma de fogo, pois a falta de apreensão impede a verificação sobre o artefato tratar-se de simulacro.

GAB 01 B

EXTORSÃO

Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem

indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

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

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

§ 2º – Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Objetividade jurídica: protege-se o patrimônio e, secundariamente, a inviolabilidade da pessoa da vítima.

Sujeito ativo: não se exige nenhuma qualidade especial do agente, razão pela qual o crime pode ser cometido por qualquer pessoa. Caso a indevida exigência seja feita por funcionário público, mesmo fora de sua função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, o crime poderá ser de concussão (art. 316 do CP), delito contra a administração pública.

Sujeito passivo: a vítima é tanto aquela que sofre a violência ou grave ameaça quanto a titular do bem atacado (podendo ser a mesma pessoa, ou pessoas diversas).

Conduta: a conduta de constranger significa coagir alguém a fazer algo, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. Dá-se mediante violência (física) ou grave ameaça.

Entende-se por violência o constrangimento físico da vítima (emprego de força sobre seu corpo), retirando dela os meios de defesa.

A grave ameaça consiste na intimidação, isto é, coação psicológica, na promessa, direta ou indireta, implícita ou explícita, de castigo ou de malefício. A sua análise foge da esfera física para atuar no plano da atividade mental. Por isso mesmo sua definição é complexa, porque atuam fatores diversos, como a fragilidade da vítima, o momento (dia ou noite), o local (ermo, escuro etc.) e até mesmo a aparência do agente. Note-se que, não obstante a grave ameaça deva ser dirigida a alguma pessoa, não é necessário que seja contra sua integridade física, bastando que o mal prometido seja injusto e capaz de causar efetivo temor. A respeito, decidiu o STJ:

“Nos termos da jurisprudência desta Corte, configura a grave ameaça necessária para a tipificação do crime de

extorsão a exigência de vantagem indevida sob ameaça de destruição e não devolução de veículo da vítima, que havia sido dela subtraído. Precedentes” (HC 343.825/SC, DJe 21/09/2016).

Baseando-se nesse amplo alcance da promessa de mal injusto e grave, decidiu o STJ que o crime de extorsão pode ser cometido por membro de congregação religiosa que, sob o pretexto de realizar rituais de cura espiritual, constrange alguém a lhe proporcionar vantagem econômica mediante constante e grave ameaça de que entidades sobrenaturais poderão prejudicar o ameaçado. Para o tribunal, não há dúvida de que a ampla liberdade de culto é garantida pela Constituição Federal, que, no entanto, não admite condutas que, sob a camuflagem do exercício da religião, obtêm vantagens econômicas constrangendo diretamente pessoas determinadas, incutindo-lhes o temor de que sejam física ou espiritualmente prejudicadas caso não efetuem pagamentos em dinheiro ou mediante entrega de bens. Concluiu-se que:

“A ameaça de mal espiritual, em razão da garantia de liberdade religiosa, não pode ser considerada inidônea ou inacreditável. Para a vítima e boa parte do povo brasileiro, existe a crença na existência de força ou forças sobrenaturais, manifestada em doutrinas e rituais próprios, não havendo falar que são fantasiosas e que nenhuma força possuem para constranger o homem médio. Os meios empregados foram idôneos, tanto que ensejaram a intimidação da vítima, a consumação e o exaurimento da extorsão” (REsp 1.299.021/SP, DJe 23/02/2017).

Confronto: o crime de extorsão não se confunde com o de roubo: neste, o agente emprega violência ou grave ameaça para subtrair o bem, buscando imediata vantagem, dispensando, para tanto, a colaboração da vítima; já na extorsão, o sujeito ativo emprega violência ou grave ameaça para fazer com que a vítima lhe proporcione

indevida vantagem mediata (futura), sendo, portanto, de suma importância a participação do constrangido.

Roubo – Art. 157	Extorsão – Art. 158
O ladrão subtrai	O extorsionário faz com que se lhe entregue
A colaboração da vítima é dispensável	A colaboração é indispensável
A vantagem buscada é imediata	A vantagem buscada é mediata

Esta diferença, contudo, não impede, no caso concreto, o cúmulo das infrações, como se extrai do seguinte julgado:

“A jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é firme em assinalar que se configuram os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair, mediante emprego de violência ou grave ameaça, bens da vítima, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha, para sacar dinheiro de sua conta corrente” (AgRg no AREsp 323.029/DF, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 01/09/2016).

Há, porém, corrente em sentido contrário, ensinando que o crime de extorsão, porque tutela o mesmo bem jurídico e está inserido no contexto do roubo, é por este absorvido (RT 610/318).

É possível a caracterização do crime de extorsão diante da conduta do agente que invade dispositivo informático, subtrai dados e informações do titular, e em seguida exige vantagem para não os utilizar contra o interesse deste último. Há, no caso, extorsão em concurso material com o crime do art. 154-A do Código Penal, afastando-se a consunção porque, não obstante o propósito fosse o de subtrair para extorquir, a permanência do conteúdo subtraído em poder do agente faz com que a potencialidade lesiva do crime contra a inviolabilidade dos segredos se perpetue.

Prática cada vez mais comum é a denominada *sextorsão*, em que o agente constrange outra pessoa se valendo de imagens ou vídeos de teor erótico que de alguma forma a envolvam. No caso, emprega-se grave ameaça consistente na promessa de divulgação do material caso a vítima se recuse a atender à exigência. A depender das circunstâncias, vislumbramos três figuras criminosas às quais a conduta pode se subsumir: a) se o agente simplesmente constrange a vítima a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda, há constrangimento ilegal; b) se constrange a vítima, com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, há o crime em estudo; c) se constrange a vítima à prática de atividade sexual, há estupro.

Quando vigorava a Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional) o ato de extorquir por inconformismo político se subsumia ao art. 20 daquele diploma legal. Com a revogação operada pela Lei 14.197/21, não houve tipificação de delito semelhante no Título XII do CP. Nesse caso, há

continuidade normativo-típica no art. 158, mantendo-se a pena mínima anterior, de três anos.

Tipo subjetivo: com o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, o agente tem a finalidade especial de obter indevida vantagem econômica.

Se a vantagem for de natureza moral: crime de constrangimento ilegal.

Se a vantagem for de natureza sexual: crime de estupro.

Se a vantagem for devida: crime de exercício arbitrário das próprias razões.

Consumação e tentativa: a doutrina é divergente quando trata do momento consumativo do delito.

Para a maioria, o crime é formal (ou de consumação antecipada), perfazendo-se no momento em que o agente emprega os meios aptos a constranger a vítima a lhe proporcionar indevida vantagem econômica (o enriquecimento indevido constitui mero exaurimento, a ser considerado na fixação da pena).

Há, contudo, minoria sustentando ser o crime material, não bastando, segundo pensam, o emprego de violência ou grave ameaça. Além do constrangimento violento ou atemorizante, para a consumação do crime mostra-se indispensável a obtenção da vantagem indevida.

Vale ressaltar que o STJ, ao editar a súmula 96, dirimiu a questão, como se pode observar: “O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida”.

Tal classificação influenciará no momento consumativo, importante para se definir o início do prazo prescricional e momento em que se dá o flagrante.

A tentativa é possível (delito plurissubsistente).

Causas de aumento de pena (§ 1º):

Crime cometido por duas ou mais pessoas: pela redação da majorante, conclui-se que a extorsão, diferentemente do que ocorre no roubo, só será majorada se houver, no mínimo, duas ou mais pessoas executando o crime, não se computando eventuais partícipes.

Crime cometido mediante emprego de arma: o substantivo arma gera controvérsia na doutrina. Para uns, a expressão abrange somente os objetos produzidos (e destinados) com a finalidade bélica (ex.: arma de fogo). Outros, realizando interpretação extensiva, compreendem também os objetos confeccionados sem finalidade bélica, porém capazes de intimidar, ferir o próximo (ex.: faca de cozinha, navalha, foice, tesoura, guarda-chuva, pedra etc.). Prevalece na doutrina e jurisprudência o sentido amplo, abrangendo as duas acepções (todo o objeto ou utensílio que sirva para matar, ferir ou ameaçar, seja qual for a forma ou o seu destino principal). Essa corrente, aliás, ganhou força com o advento da Lei 13.964/19. É que o legislador, no art. 157 do CP, diferencia arma de fogo de arma branca. Se o art. 158 do CP não o fez, a expressão deve ser tratada como gênero, alcançando qualquer instrumento capaz de servir ao ataque.

A ameaça exercida com emprego de simulacro de arma de fogo é incapaz de gerar a majorante, que requer o efetivo perigo para os bens jurídicos não patrimoniais

envolvidos no delito de extorsão (integridade física, liberdade individual etc.).

Extorsão qualificada (§ 2º): o crime será hediondo se da extorsão resultar lesão corporal grave ou a morte da vítima. A redação do dispositivo manda aplicar as regras do disposto no art. 157, § 3º.

Sequestro relâmpago (§ 3º): o § 3º do art. 158, introduzido pela Lei 11.923/2009, qualifica o crime quando cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica. A pena de reclusão passa a ser de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa. Se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

Antes da novel Lei, a tipificação do sequestro relâmpago gerava indisfarçável controvérsia (na doutrina e na jurisprudência), havendo três correntes:

a) art. 157, § 2º, V, do CP (privação da liberdade como causa de aumento);

b) art. 158 do CP (restrição da liberdade como circunstância judicial desfavorável);

c) art. 159 do CP (privação da liberdade como elemento do tipo).

Não era incorreto o entendimento de que referido comportamento (popularmente chamado de sequestro relâmpago) configurava qualquer um dos três tipos penais, a depender do *modus operandi* utilizado pelo agente:

a) se, para subtrair a coisa alheia móvel, o agente precisou privar a vítima da sua liberdade de locomoção, temos o crime de roubo majorado pelo sequestro;

b) se, para receber a indevida vantagem econômica, o agente, dependendo da colaboração da vítima, restringe sua liberdade de locomoção, configurado estará o crime de extorsão (hoje, qualificada pelo sequestro);

c) se a vantagem depender do comportamento de terceiro, servindo a rápida privação da liberdade da vítima como forma de coagi-lo a entregar a recompensa exigida, extorsão mediante sequestro.

Essa também parece ser a conclusão de Eduardo Cabette:

“(…) o texto da ementa, referindo-se à suposta tipificação do ‘sequestro relâmpago’, dá a entender que todos os casos que têm recebido esse nome informal seriam necessariamente abrangidos pelo novo texto legal.

Tal impressão é absolutamente falsa. A Lei 11.923/2009 não cria um crime autônomo que seria chamado doravante de ‘sequestro relâmpago’. Aliás, somente menciona a infeliz expressão em sua ementa, sem criar um tipo penal novo, com distinto nomen juris. O que fez efetivamente a Lei 11.923/2009, como já mencionado alhures, é apenas e tão somente acrescentar um § 3º ao crime de extorsão (art. 158, CP). Nesse § 3º prevê a novel legislação uma modalidade de extorsão qualificada pelo fato de ser o crime ‘cometido mediante a restrição de liberdade da vítima’, sendo que ‘essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica’” (A Lei 11.923/2009 e o famigerado “sequestro relâmpago”: afinal, que “raio” de crime é esse?

Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 17 de maio de 2009).

Em resumo, com a nova Lei, a privação/restricção da liberdade da vítima pode servir como meio para a prática de três crimes patrimoniais: roubo (art. 157, § 2º, V), extorsão comum (art. 158, § 3º) e extorsão mediante sequestro (art. 159).

	Roubo	Extorsão comum	Extorsão mediante sequestro
Núcleo	Subtrair com violência	Constranger com violência	Sequestrar
Colaboração da vítima	Dispensável	Indispensável (a vantagem depende de seu comportamento)	Dispensável (a vantagem depende de comportamento de terceira pessoa)

Discutia-se na doutrina se a extorsão qualificada na forma do § 3º com resultado morte era hedionda. Isto porque o art. 1º, inc. III, da Lei 8.072/90 era expresso apenas em relação à hediondez da extorsão qualificada pela morte (§ 2º do art. 158), silenciando-se quanto ao resultado mais grave decorrente da restrição da liberdade (§ 3º). GUILHERME DE SOUZA NUCCI lecionava que o descuido do legislador não permitia considerar o sequestro relâmpago como crime hediondo em nenhuma de suas formas:

“A forma eleita para transformar delitos em hediondos é a inserção no rol do art. 1º da Lei 8.072/90. É o critério enumerativo (...). Não constar desse rol elimina a infração penal do elenco dos hediondos. A falha é, pois, evidente. São hediondos o roubo com resultado morte (mas não o roubo com resultado lesão grave), a extorsão qualificada pela morte (mas não a extorsão com resultado lesão grave), a extorsão mediante sequestro, com resultado lesão grave ou morte. Não se menciona a extorsão com restrição à liberdade, mesmo que com resultado lesão grave ou morte (art. 158, § 3º, CP) (...). O novo delito do sequestro relâmpago, com resultado lesão grave ou morte da vítima, tem penas compatíveis com a gravidade do fato, mas não ingressa no contexto da Lei 8.072/90” (*Manual de Direito Penal*, p. 828).

À época já defendíamos que a morte da vítima tornava, sim, hediondo o crime, visto que esta circunstância não é mais do que um desdobramento formal do tipo do art. 158, § 2º, tendo o legislador preservado a matéria criminosa, explicitando, somente, um novo *modus operandi*. O tipo penal do § 3º não é autônomo, ao contrário, é derivado e meramente explicativo de uma forma de extorsão. Em outras palavras, a qualificadora com resultado morte já estava contida no parágrafo anterior, especificando-se, no derradeiro parágrafo, um meio de execução próprio (restrição da liberdade de locomoção da vítima).

Com a introdução formal da qualificadora do § 3º no rol dos crimes hediondos pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), a discussão perde sentido para os crimes cometidos após a entrada em vigor da alteração legal.

♦ **ATENÇÃO:** Na redação conferida ao art. 1º, inc. III, da Lei 8.072/90 pela Lei 13.964/19, o legislador se valeu da expressão “extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte”, que evidencia a intenção de abranger as qualificadoras da lesão corporal de natureza grave e da morte (§ 2º), assim como a da restrição à liberdade da vítima (§ 3º). O dispositivo, no entanto, menciona entre parênteses apenas o § 3º, o que, a nosso ver, deve ser encarado apenas como falha de redação, jamais como propósito de eximir da hediondez o § 2º.

Por fim, destacamos que o STJ considerou aplicáveis a esta qualificadora as majorantes do § 1º:

“Em extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, sendo essa condição necessária para a obtenção da vantagem econômica (art. 158, § 3º, do CP), é possível a incidência da causa de aumento prevista no § 1º do art. 158 do CP (crime cometido por duas ou mais pessoas ou com emprego de arma). A Lei nº 11.923/2009 não cria um novo delito autônomo chamado de “sequestro relâmpago”, sendo apenas um desdobramento do tipo do crime de extorsão, uma vez que o legislador apenas definiu um *modus operandi* do referido delito. É pressuposto para o reconhecimento da extorsão qualificada a prática da ação prevista no *caput* do art. 158 do CP, razão pela qual não é possível dissociar o crime qualificado das circunstâncias a serem sopesadas na figura típica do art. 158. Assim, tendo em vista que o texto legal é dotado de unidade e que as normas se harmonizam, conclui-se, a partir de uma interpretação sistemática do art. 158 do CP, que o seu § 1º não foi absorvido pelo § 3º, pois, como visto, o § 3º constitui-se qualificadora, estabelecendo outro mínimo e outro máximo da pena abstratamente cominada ao crime; já o § 1º prevê uma causa especial de aumento de pena. Dessa forma, ainda que topologicamente a qualificadora esteja situada após a causa especial de aumento de pena, com esta não se funde, uma vez que tal fato configura mera ausência de técnica legislativa, que se explica pela inserção posterior da qualificadora do § 3º no

tipo do art. 158 do CP, que surgiu após uma necessidade de reprimir essa modalidade criminosa (...)” (REsp 1.353.693/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 21/9/2016).

Ação penal: é pública incondicionada.

2. ENUNCIADOS DE SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA

♦ **STJ – Súmula 96.** O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.

3. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (MPDFT – Promotor de Justiça – DF/2021) No que diz respeito aos crimes em espécie, levando em consideração as compreensões mais atualizadas do STJ, é correto afirmar:

- O roubo (art. 157 do CP), praticado contra titulares de patrimônios distintos, configura concurso formal, mesmo que estejam sob os cuidados de uma única pessoa, alvo da grave ameaça.
- A extorsão (art. 158 do CP) pode ser praticada mediante ameaça feita por pastor, de causar “mal espiritual” a um fiel da igreja, com a finalidade de compeli-lo a realizar doação em dinheiro.
- É possível aplicar o princípio da insignificância ao furto qualificado pelo abuso de confiança (art. 155, §4º, II, do CP), se o agente for primário e a coisa, de ínfimo valor.
- Para a caracterização da apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), é necessária a comprovação do elemento subjetivo especial de apropriação de valores.
- É incompatível o dolo eventual com a qualificadora da crueldade no crime de homicídio (art. 121, § 2º, III, do CP).

02. (Cebraspe – Delegado de Polícia Federal – DPF/2021 – Adaptada) No que concerne aos crimes previstos na parte especial do Código Penal, julgue os itens subsequentes. Em se tratando de crime de extorsão, não se admite tentativa.

GAB	01	B	02	F
-----	----	---	----	---

EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO

Art. 159. Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena – reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º – Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha.

Pena – reclusão, de doze a vinte anos.

§ 2º – Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

§ 3º – Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

§ 4º – Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Objetividade jurídica: busca-se proteger o patrimônio e a liberdade de locomoção da vítima, bem como sua integridade física.

Sujeito ativo: qualquer pessoa pode praticar (crime comum).

Sujeito passivo: será vítima tanto a pessoa que teve sua liberdade tolhida, quanto aquela que sofreu lesão patrimonial em virtude da extorsão. De acordo com a lição de Rogério Greco, a pessoa jurídica também pode ser vítima:

“Também é possível que a pessoa jurídica goze do status de sujeito passivo do delito de extorsão mediante sequestro, uma vez que seus sócios podem, por exemplo, ser privados da sua liberdade, para que se efetue o pagamento do resgate por intermédio do patrimônio da pessoa jurídica a eles pertencente” (Direito Penal, vol. III, p. 129).

♦ **ATENÇÃO:** se um animal for enclausurado, condicionando-se sua soltura ao pagamento de preço, estaremos diante do crime de extorsão, previsto no art. 158 do CP.

Conduta: o tipo objetivo do delito é “sequestrar”, abrangendo o cárcere privado.

O direito de ir e vir pode ser impedido mediante qualquer meio (violência, grave ameaça etc.), com a finalidade de obtenção de qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate. Muito embora a redação do dispositivo diga “qualquer vantagem”, a doutrina entende que esta deve ser econômica, porquanto se trata de delito patrimonial.

Caso a vantagem seja devida, haverá o crime de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345) em concurso formal com o de sequestro (art. 148).

Haverá o crime ainda que a vítima não seja removida para outro local.

Tipo subjetivo: é o dolo, consistente na vontade consciente de privar a vítima de sua liberdade, aliada à finalidade de obter ilícita vantagem em troca de sua soltura (elemento subjetivo do tipo).

Consumação e tentativa: consuma-se com a privação da liberdade da vítima, configurando o recebimento do resgate mero exaurimento a ser considerando pelo magistrado na dosagem da pena.

Trata-se de crime permanente, isto é, admite flagrante a qualquer tempo da privação (art. 302, I, do CPP), começando a correr a prescrição somente depois de liberada a vítima (art. 111, III, do CP).

A tentativa é admissível (crime plurissubsistente).

Apesar de haver corrente em sentido contrário (RT 595/374 e 606/399), entendemos que o breve período de privação da liberdade da vítima não descaracteriza o crime, mas pode influenciar na fixação da pena. Neste sentido, é o ensinamento de Bitencourt:

“O sequestro pode ser longo ou breve, indiferentemente, desde que tenha idoneidade para produzir na vítima a certeza de que a supressão de sua liberdade não será passageira e está, no mínimo, condicionada à satisfação da exigência apresentada para o resgate. A elasticidade do tempo de privação da liberdade é circunstância que o legislador considerou para a dosagem de pena” (Tratado de Direito Penal. cit., vol. 3, p. 136).

Qualificadoras: o crime de extorsão mediante sequestro é qualificado nas seguintes hipóteses:

Privação da liberdade da vítima ultrapassa o período de vinte e quatro horas: no tocante à primeira circunstância qualificadora, leciona Bitencourt:

“Desnecessário frisar que a privação da liberdade é consequência material e direta dessa infração penal. Contudo, embora se saiba que as consequências do crime, como moduladoras da pena (art. 59), não se confundem com a consequência natural tipificadora do crime praticado, não se pode ignorar que a privação da liberdade, em qualquer circunstância, será mais ou menos grave na proporção direta de sua duração. Logo, quando mais longa, mais danosa, mais grave e mais destruidora de todos os atributos pessoais, éticos e morais que formam a personalidade humana. Nessa linha, um dia de prisão ou de cativeiro equivale a uma eternidade. Por isso, justifica-se que a duração do sequestro superior a vinte e quatro horas qualifique o crime, determinando sanção consideravelmente superior àquela cominada ao *caput* do art. 159” (Tratado de direito penal: parte especial, v. 3, p. 159).

Sequestrado é menor de dezoito ou maior de sessenta anos: a qualificadora referente à idade do sequestrado leva em consideração, em primeiro lugar, a maior facilidade de que dispõem os agentes, já que, em geral, vítimas crianças, adolescentes ou idosas possuem menor capacidade de resistência. Além disso, o sequestro de pessoas nessas circunstâncias é capaz de incutir maior temor nos familiares, causando abalos psicológicos de natureza ainda mais grave do que em circunstâncias diversas.

Crime cometido por bando ou quadrilha: aqui, como se pode notar, justifica-se a elevação da pena em razão da maior periculosidade ostentada pelos agentes.

Há reiteradas decisões do STJ no sentido de que a condenação pela extorsão mediante sequestro qualificada pelo concurso de agentes cumulada com o delito de associação criminosa (anterior quadrilha ou bando) não constitui *bis in idem*:

“É possível, num mesmo contexto, a concomitante condenação pelos crimes de extorsão mediante sequestro qualificada e formação de quadrilha, pois os delitos são autônomos e independentes” (HC 230.484/SP, DJe 21/06/2013; HC 123.612/SP, DJe 17/12/2010. Cf. HC 120.454/RJ, DJe 22/03/2010).

O art. 159, § 1º, do Código Penal se refere ao crime de quadrilha ou bando embora a Lei nº 12.850/13 tenha alterado o nomen iuris do delito insculpido no art. 288 para “associação criminosa”, além de lhe modificar o número mínimo de integrantes, que passou a ser de três. Na prática, todavia, nenhuma alteração ocorre no trato da matéria, pois não houve abolição criminis, incidindo o princípio da continuidade normativo-típica. Dessa forma, onde se lê, no § 1º do art. 159, “quadrilha ou bando”, deve-se considerar “associação criminosa”.

Lesão grave e morte: quanto aos §§ 2º e 3º, a exemplo do que ocorre no crime de roubo (invocando-se, aqui, no que couber, o exposto no art. 157, § 3º), a lesão corporal ou a morte pode decorrer de culpa ou dolo do agente, sendo certo que podem ser praticadas tanto na vítima privada da sua liberdade como na da extorsão, ou contra qualquer outra pessoa, desde que, obviamente, inserida no contexto fático do delito aqui estudado. Há doutrina, no entanto, que inclina-se em sentido contrário, exigindo, para a caracterização da qualificadora, que os resultados agravadores recaiam sobre o próprio sequestrado.

Delação premiada: é causa especial de redução de pena. Seus requisitos são:

- 1) Que o crime tenha sido cometido em concurso de pessoas;
- 2) Que um dos concorrentes denuncie (esclareça, dê conhecimento) à autoridade (Delegado, Promotor, Juiz etc.);
- 3) Facilitando a libertação do sequestrado (não sendo suficiente, para seu reconhecimento, a mera intencionalidade do agente).

Como se observa, o pagamento ou não do resgate não se insere dentre os requisitos da delação premiada. Portanto, independentemente da diminuição patrimonial, presentes os requisitos acima apontados, é imperiosa a redução de pena prevista no dispositivo em comento.

Ação penal: é pública incondicionada.

2. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (MPE-MG – Promotor de Justiça – MG/2021) No que se refere aos delitos de roubo e de extorsão mediante sequestro, é CORRETO afirmar:

- a) No delito de roubo, a pena aumenta-se de 2/3 (dois terços) se ocorre destruição de obstáculo, em qualquer caso.
- b) No delito de roubo, a pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade caso haja emprego de arma de fogo.
- c) Na extorsão mediante sequestro, o resultado morte pode derivar do emprego de grave ameaça.
- d) O delito de extorsão, que é de natureza formal, não admite a modalidade tentada.

GAB 01 C

EXTORSÃO INDIRETA

Art. 160. Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Objetividade jurídica: é o patrimônio e a liberdade individual nas relações entre credores e devedores.

A Exposição de Motivos (item 57) explica a intenção do legislador: “Destina-se o novo dispositivo a coibir os torpes e opressivos expedientes a que recorrem, por vezes, os agentes de usura, para garantir-se contra o risco do dinheiro mutuado”. Não obstante, não se resume a e estes agentes a incidência da lei penal.

Sujeito ativo: qualquer pessoa. É aquele que exige ou recebe documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou terceiro.

Sujeito passivo: é tanto aquele que entrega o documento, quanto, eventualmente, terceira pessoa que pode ser prejudicada pela sorte do documento que foi dado em garantia.

Conduta: para a tipificação do crime, deve haver abuso da situação em que se encontra a vítima (pessoa aflita compelida a entregar o documento).

O documento (escrito, instrumento ou papel, público ou particular) entregue pela vítima deve ser apto a ensejar a instauração de procedimento criminal (do contrário, não há crime), e ninguém nega que isso ocorre no caso de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado (RT 433/426) ou em branco (JTA-CRIM 62/152). Todavia, como veremos mais adiante,

a consumação não depende da efetiva instauração do procedimento investigatório criminal. E mais: a conduta daquele que entrega o cheque sem provisão de fundos não caracteriza o estelionato na modalidade de fraude no pagamento por meio de cheque diante da inexistência do intuito fraudulento, imprescindível para que se perfeça aquele crime patrimonial. Ensina Basileu Garcia não haver crime porque:

“o tomador usurário sabia da inexistência de fundos e aceitou o cheque maquiavelmente, para ameaçar mover medidas criminais. Em consequência, ele é que deve ser processado, pela extorsão indireta. O outro, o emitente, livra-se de toda e qualquer pena.

Essa inferência ressalta da evidente inconciliabilidade entre as acusações de emissão de cheque sem fundos e extorsão indireta. O promotor que afirmasse ter o beneficiário conseguido o cheque com o intuito de documentar o seu crédito e intimidar o devedor, informado da inexistência de fundos, ficara “*ipso facto*” impedido de atribuir ao emitente a intenção fraudulenta, sem a qual não se compõe o crime a ser-lhe irrogado. A denúncia seria contraditória e, por isso, inepta” (Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Problemas penais do cheque*. RT. vol. 5. p. 781/801. Out/2010).

Como bem sintetiza Hungria (Comentários ao Código Penal, vol. VII, p. 80), devem estar presentes na extorsão indireta:

- a) Exigência ou recebimento de documento que possa dar causa a processo penal contra a vítima ou terceiro;
- b) Abuso da situação de necessidade do sujeito passivo;
- c) Intuito de garantir, de forma ameaçadora, o pagamento de dívida.

Tipo subjetivo: é o dolo, consubstanciado na vontade consciente de obter documento que pode dar causa à instauração de procedimento criminal, abusando da situação aflitiva da vítima. Exige-se, ainda, como elemento subjetivo do tipo, que a obtenção do documento sirva como garantia para o pagamento de dívida.

Consumação e tentativa:

Modalidade	Classificação quanto ao resultado	Tentativa
Exigir	Crime formal	Admissível apenas na forma escrita
Receber	Crime material	Admissível

♦ **ATENÇÃO:** o crime de extorsão indireta consuma-se independentemente de ser dado início ao procedimento criminal contra a vítima (devedor).

Se, após obter o documento, o agente ensejar o início de procedimento criminal, sabendo inocente o imputado, haverá concurso material com o crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP). Não se deve cogitar, no caso, da absorção, pois, além da extorsão consumir-se com a mera exigência ou o recebimento do documento, protege bem jurídico diverso da denúncia caluniosa. Assim ensina Capez:

“O crime de extorsão indireta consuma-se independentemente de ser dado início ao procedimento criminal contra a vítima (devedor) e, no momento em que este é iniciado, outro crime se configura, qual seja, o de denúncia caluniosa. Ambos os crimes atingem objetividades jurídicas diversas. O primeiro constitui crime contra o patrimônio, ao passo que o segundo, crime contra a administração da justiça. Daí porque o delito de denúncia caluniosa não pode ser considerado *post factum impunível*” (ob. cit., vol. 2, pp. 438/439).

Em sentido contrário (admitindo a absorção), argumenta Mirabete:

“É possível que o agente, não conseguindo receber seu crédito, utilize-se do documento para a instauração da ação penal contra a vítima. Não ocorre, todavia, concurso com o delito de denúncia caluniosa, pois a ação posterior fica consumida por ter sido praticada para utilizar a ação precedente e principal; trata-se, portanto, de exaurimento do crime de extorsão indireta, com *post factum* não punível” (ob. cit., vol. II, p. 245).

Ressalte-se, por fim, que, uma vez estabelecida a ocorrência da extorsão indireta, eventual imputação criminal que tenha atingido a vítima deverá ser obstada, ainda que o documento (título de crédito, por exemplo) tenha sido transferido pelo extorsionário a terceiro de boa-fé.

Ação penal: é pública incondicionada.

2. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (Vunesp – Delegado de Polícia – CE/2015) O filho de João tem grave problema de saúde e precisa realizar custoso procedimento cirúrgico, que a família não tem condição de pagar. Imagine que Pedro empresta R\$ 50.000,00 a João, mas como garantia de tal dívida exige que João, de próprio punho e em documento escrito, confesse ter traído a própria esposa, bem como ter fraudado a empresa em que ambos trabalham, desviando recursos em proveito próprio. João cede à exigência a fim de obter o empréstimo. A conduta de Pedro

- a) é isenta de pena, por incidir causa supra legal que afasta a culpabilidade, qual seja, o consentimento da vítima.
- b) configura exercício arbitrário das próprias razões.
- c) é atípica, por ausência de previsão legal.
- d) configura constrangimento ilegal.
- e) configura extorsão indireta.

GAB 01 E

▼ **CAPÍTULO III – DA USURPAÇÃO****ALTERAÇÃO DE LIMITES**

Art. 161. Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:

Pena – detenção, de um a seis meses, e multa.

§ 1º – Na mesma pena incorre quem:

USURPAÇÃO DE ÁGUAS

I – desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias;

ESBULHO POSSESSÓRIO

II – invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

§ 2º – Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

§ 3º – Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Objetividade jurídica: apesar de Hungria (Comentários ao Código Penal, v. VII, p. 85) ensinar que somente a propriedade está tutelada pela norma em estudo, entende a maioria abranger também a posse.

Sujeito ativo: a doutrina diverge:

Noronha	Entende de maneira mais ampla, podendo ser inclusive “o futuro comprador que pratica a alteração para ampliar a área do imóvel que vai adquirir” (ob. cit., v. 2, p. 248).
Mirabete	“Afirma-se que apenas o vizinho contíguo da vítima (proprietário ou possuidor) pode cometer o crime” (ob. cit. vol. 2, p. 248).
Damáσιο	“Sujeito ativo só pode ser o proprietário do prédio contíguo àquele em que é realizada a alteração de limites” (ob. cit., v. 2, p. 383).

Sujeito passivo: será o **proprietário** ou **possuidor** (legítimos) do imóvel cuja área é alterada em suas divisas. Os possuidores indiretos de terra podem ser sujeitos passivos de qualquer dos delitos de usurpação descritos no art. 161 do CP, facultando-lhes a lei a propositura de queixa-crime (RT 515/381).

Conduta: é crime de ação múltipla (ou conteúdo variável) cujos núcleos são **suprimir** ou **deslocar**.

Percebe-se que após especificar duas formas de limitação da propriedade (tapume e marco), a lei encerra com uma fórmula genérica (qualquer outro sinal...), atraindo a

interpretação analógica para que seja possível caracterizar como criminosos os atos de suprimir ou de deslocar alguma outra linha divisória que, embora não expressamente prevista, sirva para a demarcação.

Na primeira ação típica (suprimir), há certa controvérsia acerca do que se pode entender como efetiva supressão. Há quem sustente que a caracterização desta figura criminosa depende da retirada do sinal indicativo de linha divisória seguida da eliminação de vestígios de que a divisão se dá naquele local. Se, por exemplo, o agente remove uma cerca, mas deixa no solo a marca da instalação, não há este crime, mas o de dano ou de furto, conforme o caso (BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., vol. 3, p. 168). Há, por outro lado, o entendimento de que a eliminação ou a permanência de vestígios não é pressuposto da figura típica, mas questão secundária cuja análise se dispensa. Deve-se atentar tão somente para o dolo do agente: se era o de usurpar a propriedade alheia, ainda que a remoção do indicativo divisório tenha deixado vestígios que permitam a identificação dos limites da propriedade, dá-se a responsabilidade penal nos termos do art. 161, pois o propósito não era o de furtar ou de danificar objetos alheios (GRECO, Rogério. Ob. cit., vol. III, p. 139).

A jurisprudência tem entendido que, para caracterizar o crime, não basta a deslocação de marcos ou sinais demarcatórios, sendo necessário que a conduta provoque confusão e dificuldades de monta para a sua restauração (RT 423/428). Mostra-se de suma importância, portanto, a realização de perícia (JTACRIM 96/260).