

FURTO QUALIFICADO: INTERPRETAÇÃO E CRÍTICA

João José Caldeira Bastos¹

Resumo: O estudo teórico-dogmático e crítico-metodológico do crime de furto qualificado (CP, art. 155, parágrafos 4º e 5º) permite a percepção de um normativismo diferenciado que compromete o equilíbrio do sistema. Os crimes de furto, apropriação indébita e estelionato lembram indevida cobiça patrimonial e deveriam estar nivelados em termos de cominação de pena. Todos eles retratam obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio. A ênfase no detalhe (*apropriação, subtração ou fraude*, para efeito de eventual diminuição ou endurecimento da pena) atende a ultrapassados preconceitos e não se coaduna com a regra maior, de índole constitucional, de tratamento igualitário e resposta punitiva proporcional à natureza do fato praticado.

Palavras-chave: Furto qualificado. Visão teórico-dogmática. Visão crítico-metodológica.

1 OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

Apresentamos abaixo algumas anotações concernentes ao crime de furto qualificado. Como se verá oportunamente, não nos limitamos aos aspectos teórico-dogmáticos da matéria. Tecemos também observações de ordem crítica, relacionadas com os limites da dou-

¹ Professor de Direito Penal da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina; Professor aposentado de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: jjcbastos@pop.com.br

trina e jurisprudência e, sobretudo, com os desacertos punitivos do Código Penal.

É que as formas qualificadas do furto, em confronto com outros delitos contra o patrimônio, denotam um normativismo diferenciado que compromete o equilíbrio do sistema. Além disso, elas não se livram da interferência do intérprete no processo de apreensão de seu alcance e conteúdo. As divergências se mostram inevitáveis. E um dos motivos desses desencontros reside justamente na percepção do tratamento discriminatório reservado pelo legislador aos réus de subtração (furto) em confronto, por exemplo, com os de apropriação indébita, estelionato e dano.

As penas do crime de dano, simples ou qualificado, revelam tolerância ou benevolência do legislador para com os vândalos, que destroem o bem pelo prazer de destruir. Mas quem não destrói o bem, porque o cobiça e por isso o preserva, recebe resposta punitiva bem mais severa.

Por outro lado, conforme aduzido em outro contexto², estelionato e apropriação indébita só se configuram, na maioria das vezes, porque existe *confiança* da vítima. Todavia, quando comparados com o furto *qualificado* pelo abuso de confiança, verifica-se que ambos os tipos receberam melhor tratamento por parte do legislador. Quem poderá negar que este não se deixou impressionar pelo *status* de seus protagonistas, uma vez que não primou pela coerência? Quem poderá negar que o legislador jamais se imagina na pele do ladrão, a quem abomina, pela conotação de aviltamento sociointelectual, mas aceita, de certo modo, consciente ou inconscientemente, a imagem refinada do estelionatário e figuras similares?

O estelionatário usa roupas finas, tem modos delicados e é capaz de conviver em altas rodas. O ladrão comum pertence, em regra, à

2 BASTOS, João José Caldeira. *O poder judiciário e a lei. A decisão contra a lei na jurisprudência penal catarinense*. Dissertação de mestrado. Florianópolis: CPGD/UFSC, 1979. Texto disponível em *Buscalegis* (www.buscalegis.ccj.ufsc.br); *Clube Jurídico do Brasil* (www.clubjus.com.br); *Conteúdo Jurídico* (www.conteudojuridico.com.br).

classe dos miseráveis. Anda mal vestido e é semianalfabeto. Assim, sem embargo de alguma divergência, se o “golpe” do primeiro atinge um teto elevadíssimo, mas descoberto, redundando em nenhum prejuízo para a vítima, 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. O mesmo não ocorre com o segundo, nos termos da lei. Benefício dessa natureza é limitado pelo valor – pequeno – da coisa subtraída.

O estelionatário pode convidar um comparsa, para ajudá-lo na empreitada. O delito permanece o mesmo. Se o ladrão comum o fizer... furto qualificado!

O ladrão comum é rude e rústico. É capaz de destruir ou romper obstáculo à subtração da coisa. O estelionatário não passa de um cavalheiro: os obstáculos que rompe ou destrói (a desconfiança, a defesa psicológica da vítima) pertencem a um nível imaterial – bem mais elevado, portanto.

O ladrão comum é capaz de servir-se de chave falsa, que os intérpretes zelosos logo equiparam, em certas circunstâncias, à verdadeira.

O estelionatário prefere os ardis, as encenações, os artifícios, tudo isso intrinsecamente falso, é verdade, mas de uma beleza, uma capacidade inventiva merecedora, sem dúvida, de uma certa reverência.

O ladrão comum pode também, eventualmente, imitar o estelionatário, furtando com fraude. Nunca, porém, chegará aos pés deste. Uma sutil distinção legal o coloca em seu devido lugar: não lhe dá promoção e, ainda por cima, acena-lhe com as penas do furto qualificado!

Vejamos agora, em detalhes, cada uma das formas qualificadas do furto.

2 DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO

Começemos com a qualificadora decorrente da destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.

Eis o que consta do CP, art. 155, § 4º, I:

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:

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

Trata-se, portanto, da primeira hipótese de furto qualificado. Nesse caso, o dano em si (CP, art. 163) é absorvido pelo crime-fim, o furto, que se torna qualificado.

Exemplos corriqueiros colhidos da jurisprudência:

Congresso de vontade dos agentes para romper o vidro do veículo e subtrair o aparelho de CD caracterizado. Alegação de que o vidro não é exterior à coisa furtada. Objeto que constitui obstáculo à subtração. Qualificadoras demonstradas (TJSC. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.003956-9 [2ª Vara], de Videira. Relator: Des. Torres Marques. Data da decisão: 06/12/2007).

Furto qualificado. Réu que confessou ter arrombado a janela para acesar o interior da residência. Laudo pericial conclusivo no sentido da danificação da abertura. Qualificadora mantida (TJSC. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.011466-1, de Forquilha. Relator: Des. Substituto Tulio Pinheiro. Data da decisão: 18/12/2007).

A destruição ou avaria de automóvel para a subtração de objeto que se encontra no seu interior caracteriza a qualificadora prevista no inciso I do § 4º do artigo 155 do Código Penal (STJ. Sexta Turma. AgRg no REsp 983291/RS. Relator: Min. Paulo Gallotti. Data do julgamento: 27/05/2008).

Outros exemplos: quebra de uma vitrine de estabelecimento comercial e retirada, em seguida, das joias e relógios em exposição; destruição parcial de um cofre-forte embutido numa parede para posterior subtração do dinheiro e outros objetos nele contidos.

Note-se que a coisa subtraída é sempre *diversa* do obstáculo que sofre o rompimento ou destruição. Ao ladrão não interessam as portas ou janelas, o vidro do veículo, a vitrine, o cofre-forte. Ensina-se, então, que inexistente furto qualificado se o obstáculo à subtração reside na própria coisa subtraída, segundo suas condições ou natureza.

Lição de Néelson Hungria: “Não é obstáculo, no sentido legal, a resistência inerente à coisa em si mesma (...). É indeclinável que haja violência exercida contra um obstáculo exterior à coisa”³.

Contudo, no momento em que aderimos à tese em epígrafe estamos, em verdade, admitindo uma interpretação restritiva do texto legal. Não é *qualquer* obstáculo (interpretação declarativa), mas um obstáculo com determinada característica, implícita no sistema, que está presente na figura delituosa em exame. Nessa linha de raciocínio, por exemplo – com ou sem acerto do legislador, o detalhe é secundário –, não haveria furto qualificado se o agente quebrasse o vidro do automóvel para furtá-lo em seguida. O vidro faz parte da “anatomia” do bem subtraído e, conseqüentemente, sua destruição não poderia justificar o reconhecimento da forma qualificada.

Veja-se este trecho de acórdão, referente ao furto do próprio automóvel:

Qualificadora do rompimento de obstáculo à subtração da coisa descaracterizada, em virtude de a violência ter sido empregada contra a própria coisa, constituindo o vidro lateral traseiro direito parte integrante do veículo e mero obstáculo existente para o uso normal do automóvel, desvestindo-se referido obstáculo de qualquer conteúdo de exterioridade e de destinação antifurto (TJSC. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 32.534, de Chapecó. Relator: Des. Alberto Costa. Data da decisão: 10/03/1995).

Diversa seria a resposta se o agente arrebentasse a porta de uma garagem para furtar o veículo nela estacionado – aí sim estariam preenchidas as condições legais.

Tudo muito bem até certo ponto, enquanto não são percebidos os paradoxos. Ora, se alguém destrói o vidro de um automóvel para furtar, e efetivamente furta, um pacote situado no interior do veículo, esse alguém praticaria furto qualificado. Não há subterfúgio capaz de exorcizar a evidência: o vidro é extrínseco ao pacote encontrado sobre o banco e serve de obstáculo, juntamente com outras

3 HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 39.

partes do carro, à retirada desse pacote ou de qualquer objeto em condições semelhantes.

Contraste: dano ao veículo e subtração do pacote igual a furto qualificado; dano ao veículo e subtração do próprio veículo (mesmo levando junto o pacote!) igual a furto simples.

Daí a reação jurisprudencial:

Arreda-se a qualificadora pelo rompimento de obstáculo (rompimento do quebra-vento) em caso de furto de objetos subtraídos do interior do veículo: seria paradoxal dispensar tratamento mais rigoroso a tal agente, do que o dispensado àquele que subtrai o próprio veículo, de maior valor e não recuperado (TACRIM-SP - AC - Rel. Celso Limongi - JUTACRIM 86/374, in Código penal e sua interpretação jurisprudencial, 5ª ed., de Alberto Silva Franco e outros, São Paulo: RT, 1995, p. 1931).

Forçar ventarola de veículo com o fim precípua de, ao depois, subtrair seus acessórios, não basta para qualificar o furto por arrombamento, vez que se a violação tivesse sido efetuada para furto do próprio veículo, estaria o agente cometendo um furto simples (TJSC - AC - Rel. Márcio Batista - RTJE 79/235, *ibidem*, p. 1932).

Não responde pela qualificadora o agente que arromba o vidro de automóvel para furtá-lo. Assim, ilógico e contraditório que se entendesse caracterizada quando o furtador, ao invés de subtrair o próprio carro, com todos os seus acessórios, se limita a levar o toca-fitas (TACRIM-SP - AC - Rel. Oliveira Santos - RJD 6/90, *ibidem*, p. 1933).

Está nos acórdãos: “paradoxal”; “ilógico”; “contraditório”.

Consequentemente, outro *dogma* é imediatamente acionado, o da racionalidade do legislador, a indicar o caminho da equiparação normativa, em benefício do réu.

É visível, no entanto, a mágica do intérprete. A lei, afinal, acabou eliminada do contexto, pois ela deixa de funcionar nas duas hipóteses: de interpretação declarativa (qualquer obstáculo, extrínseco ou intrínseco) ou restritiva (obstáculo extrínseco). O juiz estaria dizendo ao legislador mais ou menos o seguinte: “Ao fazeres distinções dogmáticas artificiais e injustas corres o risco de não seres atendido”.

O curioso de tudo isso é que o legislador não pode reagir, ele fala pela boca do intérprete, como diria Montesquieu. Nada obstante, há quem discorde, e aponte a lei na sua clareza textual:

A qualificadora prevista no art. 155, § 4º, do CP, consubstancia-se na conduta do agente que destrói ou rompe obstáculo à subtração da coisa, vale dizer, na sua atuação sobre qualquer empecilho material a essa subtração, pelo que não há razão lógica ou legal para se fazer distinção entre o obstáculo externo e o inerente à própria coisa, pois ambos têm a mesma finalidade (TACRIM-SP - AC - Rel. Gomes de Amorim - RJD 5/102, *ibidem*, p. 1930).

Para efeito de qualificação do furto, não cabe distinguir entre obstáculo “inerente” e obstáculo “não inerente” à coisa. Considera-se obstáculo tudo quanto – estranho à natureza da coisa ou dela fenomenologicamente inseparável – deva ser destruído ou rompido para que se torne exequível a subtração (TACRIM-SP - AC - Rel. Correa de Moraes - RJD 12/86, *ibidem*, p. 1930).

Por essa última linha de raciocínio, haveria furto qualificado se o agente, ao quebrar o vidro, leva o próprio carro ou apenas o aparelho de som do veículo. Interpretação declarativa. Se a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Além disso, ao disciplinar a matéria dessa forma o legislador estaria procedendo corretamente, com lógica. O que conta é o fato de o vidro do carro significar, em si mesmo, uma sólida barreira (obstáculo) para a subtração do automóvel ou de qualquer acessório, objeto, peça ou material situado em seu interior. A racionalidade do legislador residiria exatamente no fato de ele não distinguir entre obstáculos internos ou externos à coisa subtraída. Em ambas as hipóteses, vislumbra-se a maior impetuosidade e arrogância do ladrão, no gesto de romper ou destruir coisa alheia.

E agora, como ficamos? Que lei é essa, de tantas idas e recuos, que não diz aquilo que parece dizer ou que se amolda à capacidade visual do intérprete? Pelo que observamos acima, às vezes se admite amplamente a forma qualificada; outras vezes se a reconhece com restrições; de repente, nem uma coisa nem outra, a forma qualificada é abolida do sistema!

Ora, novamente nos deparamos com a inevitável interação *sujeito/objeto*. O sujeito é o promotor de justiça, o juiz de direito, o professor em sala de aula, o jurisconsulto com seus compêndios e manuais. O objeto é a Lei, o Código Penal, a Constituição Federal. Presume-se que os operadores jurídicos disponham de suficiente cabedal teórico, de conhecimentos especializados que justifiquem sua titulação acadêmica e formação profissional. Só que eles não se entendem, ainda que diante do mesmo objeto; e o problema não é de ordem intelectual, via de regra, mas de excesso de receitas intrinsecamente contraditórias, assimiladas e digeridas de um modo único, personalizado, intransferível.

Assim como as leis são vagas e ambíguas, também são vagos e ambíguos os princípios norteadores da hermenêutica jurídico-penal. E mais: ainda existe a chance de o magistrado, pura e simplesmente, descartar a aplicação de um dispositivo legal claro em seu texto e luminoso em seu espírito.

3 ABUSO DE CONFIANÇA, FRAUDE, ESCALADA OU DESTREZA

Voltemos ao texto legal:

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:

(...)

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

3. 1 Abuso de confiança

3.1.1 Razões do legislador

Edgard Magalhães Noronha apontou as razões do legislador para a forma qualificada do abuso de confiança: “Trata-se de circunstância subjetiva, reveladora de maior periculosidade do agente que não só furta, mas viola a confiança nele depositada”. E logo viria

o exemplo, que se tornara clássico: “O criado que fica em casa, na ausência do patrão, e subtrai objetos que aí se encontram, furta com abuso de confiança...”⁴.

Prelecionava Néelson Hungria: “O caso típico é o do chamado *famulato* (próprio ou impróprio): o empregado doméstico ou qualquer outro locador de serviço (permanente ou acidental) subtrai objeto existente no local de trabalho”⁵.

Também Bento de Faria: “Tal se verifica no delito praticado pelo criado, que tem a entrada livre nas dependências da casa, pela pessoa encarregada de guardar a coisa, etc.”⁶.

Helena Fragozo participava do consenso: “É o caso do *famulato* (furto praticado por empregado), ou de alguém que se valha de relações de amizade ou de uma situação de confiança, para mais facilmente subtrair a coisa alheia”⁷.

Note-se o caso real em que a ré, “aproveitando-se da condição de empregada doméstica e de que se encontrava sozinha na casa em que trabalhava, subtraiu de lá vários objetos de vestuário, cama e banho, além de um par de grampos e uma tornozeleira”. Embora beneficiada, de ofício, pela prescrição, ninguém duvidou do enquadramento típico:

Crime contra o patrimônio. Furto qualificado por abuso de confiança. Condenação à pena de reclusão de dois anos (TJSC. Primeira Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.028303-8, de Içara. Relator: Gaspar Rubik. Data da decisão: 31/10/2007).

Anotem-se também os seguintes acórdãos:

Responde por furto qualificado por abuso de confiança, embora trabalhasse há pouco tempo para a vítima, a empregada doméstica que, em virtude de boas referências da antiga patroa, já passara a merecer todo o crédito da nova e se valeu das circunstâncias para mais facilmente

4 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. v. 2. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 234-235.

5 HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 40.

6 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro comentado*. v. 5. Rio de Janeiro: Record, 1961. p. 24.

7 FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de direito penal*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1962. p. 246.

subtrair-lhe diversos bens (RJDTACRIM 34/208). (TJSC. Primeira Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2006.026071-4, de Chapecó. Relator: Des. Solon d'Eça Neves. Data da decisão: 06/02/2007).

O furto praticado por agente-diarista, contratada em função de boas referências, a quem se entregou as próprias chaves do imóvel, enquanto viajavam os padrões, caracteriza a forma qualificada prevista no artigo 155, parágrafo 4º, inciso II, do Código Penal (STJ. Sexta Turma. HC 82828/MS. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Data do julgamento: 21/02/2008).

Entretanto, não vemos, em regra, no furto praticado pelo empregado doméstico, o menor sinal de periculosidade. O quadro circunstancial que o caracteriza conduz exatamente a uma conclusão oposta. O contato diário com dinheiro e objetos de valor que, por ironia ou fatalidade do destino, não lhe pertencem, constitui o pano de fundo da superveniente convicção de que pouca diferença fará, a quem tem muito, a perda eventual de algumas fatias.

Portanto, enquanto o deslize permanecer aí, na linha de ofensa aos bens patrimoniais, não há como reconhecer-lhe maior gravidade para, em consequência, reproduzi-lo em texto de lei com severas ameaças punitivas. Sua inutilidade se aliaria a uma flagrante injustiça, pouco importando se existiu ou havia motivos para existir confiança. No estelionato e na apropriação indébita, conforme já anotamos, a confiança da vítima não concorre para o endurecimento punitivo das condutas.

Conviria, pois, de uma vez por todas, eliminar essa imagem negativa acerca do furto doméstico deixada pelos melhores de nossos doutrinadores, sem que, obviamente, nenhuma culpa tenham em cartório. Trata-se de mero trabalho interpretativo, e de uma honestidade tão palpável que se chegava a afirmar, implicitamente, em total fidelidade à orientação do Código, desaparecer a figura se ficasse evidente a maior confiança do empregador, revelada pela prévia entrega da coisa ao empregado. Não haveria mais furto, e sim apropriação indébita, de pena de reclusão reduzida à metade!⁸

8 FRAGOSO, Heleno Cláudio, ob. cit., p. 246-247; HUNGRIA, Néelson, ob. cit., p. 40; NORONHA, Edgard Magalhães, ob. cit., p. 331; FARIA, Bento de, ob. cit., p. 88 e 92-93. Entre outros, mais recentemente: CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 405.

Concretamente: se alguém, por um motivo qualquer, confiasse suas joias à empregada doméstica, para que as guardasse em seu quarto, deixando o restante de seus bens como sempre os deixara, estaria concorrendo – é a lei! – para que a subtração de qualquer outro objeto representasse, além da multa, uma responsabilidade criminal de 2 a 8 anos de reclusão, enquanto a apropriação das joias estaria cotada entre 1 a 4 anos de reclusão, além de multa bem mais leve. Caso típico de surrealismo ético-normativo...

Daí que essa delimitação do furto com abuso de confiança, com tanta facilidade relacionado ao furto doméstico ou empregatício, não haveria de ficar assim, aceita incondicionalmente, sem uma análise mais aprofundada, capaz de levar a distinções que retratam a evolução do fenômeno jurídico.

Assim, válida a tentativa de Hoepfner Dutra, no âmbito doutrinário, de restringir o campo de aplicação do dispositivo. A severidade da punição era tão clara que quanto mais gente escapasse, melhor. Dessa feita, contudo, não mais haveria necessidade de expedientes ficcionistas. Sua posição, ao contrário, tem até maior embasamento legal. Não exige a lei abuso de *confiança*? Pois então a primeira coisa a fazer no caso concreto é verificar a sua efetiva ocorrência. Esta não poderia ser presumida por preconceitos em nenhum momento enumerados no texto normativo. É um desacerto afirmar a existência de confiança em relações de domesticidade, de emprego etc., porque uma coisa não implica a outra, necessariamente. Trata-se de “circunstância de ordem subjetiva”. A confiança constitui “um liame particular entre duas pessoas”, decorre “de estado particular de fidelidade”⁹.

A jurisprudência, felizmente, acabou percebendo a sutileza da mensagem, que tem o amparo da lei.

9 DUTRA, Mário Hoepfner. *O furto e o roubo*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 190-191.

3.1.2 Persistência da posição crítica

Sem embargo, continuamos a não vislumbrar a menor razão, qualquer que seja o enfoque (censura moral, periculosidade, utilidade social etc.) para se apenar com severidade *dobrada* o furto cometido com abuso de confiança.

É até sustentável o ponto de vista de maior reprovabilidade (maior periculosidade, maior nocividade social etc.) do furto praticado às pressas, nos primeiros dias de relação empregatícia. Denotaria, pelo menos, uma predisposição delituosa. Revelaria uma personalidade que se antecipa aos efeitos deletérios de uma situação vivencial sumariamente amputada. Criminalidade precoce, ou, então, forjada em emprego anterior. Confiança ou desconfiança da vítima são pormenores que não podem afetar, em princípio, o grau de responsabilidade criminal. Se assim não fosse, deveriam ser enforcados os filhos adultos que furtam de seus pais.

O próprio legislador, aliás, conforme já dissemos há pouco, acabou entrando em contradição ao retirar do âmbito punitivo do furto qualificado, sem criar uma figura equivalente, hipóteses flagrantes de incondicional confiança. Referimo-nos (é bom insistir) ao estelionato e apropriação indébita, que só se configuram, na maioria das vezes, porque existe *confiança* da vítima.

3.1.3 A reação jurisprudencial

A lei já vem pronta. Até onde é digerida, sem sinais de rejeição, é questão difícil de esclarecer. Sabe-se apenas que conhecidos os sintomas, os efeitos, porventura contraproducentes, tende-se a tratá-la com reservas. Não dando muito na vista, em nome dos interesses sociais, pode-se negar-lhe aplicação. Uma das técnicas é readquirir a consciência do poder decisório e, desconhecendo os argumentos de autoridade, redefinir os termos incomodativos. Escreveu Luís Alberto Warat: “Mediante a operação de redefinição o julgador poderá efetuar interessantes deslocamentos de sentido. Eles determinam

ampliações ou restrições no campo extensional, que provocarão na zona excluída ou incorporada uma alteração do signo deôntico que até então lhe correspondia”¹⁰.

É processo que se harmoniza com o desejo de adequação ideológica. Esta se produz, por exemplo, “aproveitando-se a ambiguidade por anfibologia semântica que apresentam muitos dos termos das normas gerais, que só podem carregar-se de significação através de um juízo de valoração. Os termos como “maliciosamente”, “objeto obsceno”, “ânimo lascivo”, “abusar desonestamente” necessitarão sempre de uma definição estipulativa. Se o juiz não definisse esses termos em sua sentença, muito provavelmente deixaria a impressão de haver produzido uma decisão arbitrária”¹¹.

Foi nessa base que decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, contando já a seu favor com importantes precedentes de outras Cortes:

Não é a simples relação empregatícia que configura a qualificativa do abuso de confiança (Jurisprudência do TJSC. Apelação Criminal nº 11.446, de Joinville. Relator: Des. Trompowsky Taulois, 1971, vol. 2, p. 814).

Não se justifica, realmente, no caso, o acolhimento das qualificativas. (...) a outra, vez que simples vínculo empregatício (balconista), por si só, não significa tenha havido abuso de confiança (Jurisprudência do TJSC. Apelação Criminal nº 11.281, de Florianópolis. Relator: Des. Rubem Costa, 1971, vol. 2, p. 858).

Acórdãos mais recentes:

Para a caracterização da qualificadora do abuso de confiança é preciso que a mesma exista efetivamente entre as partes, não se presumindo, e que o agente tenha dela se aproveitado para efetuar a subtração (TJSC. Primeira Câmara Criminal. Apelação Criminal 2004.007103-5, de Santo Amaro da Imperatriz. Relator: Des. Amaral e Silva. Data da decisão: 28/09/2004).

10 WARAT, Luís Alberto. *El derecho y su lenguaje*. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1976. p. 171.

11 WARAT, Luís Alberto. *El derecho y su lenguaje*, cit., p. 136-137.

Existência de mera relação de emprego entre o réu e a empresa vítima. Ausência de vínculo de confiança capaz de facilitar o cometimento do delito. Desclassificação que se impõe (TJSC. Apelação Criminal 2007.007114-1, de São Miguel do Oeste. Relator: Des. Torres Marques. Data da decisão: 27/03/2007).

3.1.4 Confronto com a apropriação indébita

Sabemos que, em havendo posse ou detenção prévia, pratica-se o crime do art. 168 e não o do art. 155. A detenção está disciplinada no art. 1.198 do Código Civil (dependência e cumprimento de instruções) e art. 1.208 (atos de mera permissão ou tolerância). Apesar disso, doutrina e jurisprudência (salvo raras exceções) diminuem o campo de incidência da norma penal (art. 168) para, em consequência, alargar ostensivamente o conceito de subtração, em detrimento do acusado. Afirma-se que a detenção *vigiada* impede a figura da apropriação indébita, podendo então caracterizar-se o furto simples ou qualificado.

Trata-se de interpretação *restritiva*, pois a lei (art. 168) não menciona o caráter *desvigiado* da posse ou detenção.

Dessa feita, portanto, quem distingue – para pior – é o intérprete. Nessas horas, não há “nullum crimen” capaz de impedir a construção histórica de um direito penal atrelado à vontade e liberdade de quem dispõe de poder decisório.

Como quer que seja, em alguns casos, ora se descarta a forma qualificada do furto, ora se reconhece o crime de apropriação indébita:

Inocorrência de abuso de confiança. Para a configuração da qualificadora inscrita no inciso II do par. 4º do artigo 155 do Código Penal, não basta a simples relação de emprego, sendo necessário que haja confiança especial da vítima na pessoa do empregado, e aquela inexistente, como no caso em tela, quando o empregado, que exerce a função de “caixa”, é submetido à vigilância de fiscais, que observam o seu serviço (TJSC. Apelação Criminal 29.728. Relator: Des. Alberto Luiz da Costa. Data da decisão: 29/04/1994).

Apropriação indébita. Distinção do furto qualificado. Agente que, na condição de caixa de loja, recebe dinheiro de clientes e depois de dar a estes, para encobrir a fraude, os respectivos recibos, deixando de fazer os devidos lançamentos contábeis, apodera-se do dinheiro (TJSP. 13ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal 8612233800. Relator: Des. Lopes da Silva. Data do julgamento: 28/02/2008).

Apropriação indébita. Vítima que entrega cartão de crédito para empregada doméstica efetuar saques durante período de férias para pagamento de despesas da casa. Ré que autoriza o namorado a fazer a retirada para outras finalidades. Crime configurado (TJSC. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2005.038442-0, da Capital. Relator: Juiz José Carlos Carstens Köhler. Data da decisão: 17/01/2006).

Neste último caso, ficou bem claro nos autos o motivo do enquadramento típico: a apelante (empregada doméstica) era considerada sujeito ativo do crime porque “se apropriou de valores que lhe foram repassados em razão da confiança que a vítima nela depositava”. Delito: apropriação indébita, como tal reconhecido já em primeira instância.

3.2 Fraude

Fraude lembra, de início, crime de estelionato, previsto no art. 171 do CP. O sujeito, mediante artifício, ardil, trama ou qualquer outro meio fraudulento, obtém vantagem ilícita, em prejuízo alheio. Em se tratando de coisa móvel, recebe-a das mãos da vítima ou de quem a represente no contexto fático. Portanto, há estelionato se o ofendido ou terceira pessoa, iludida, entrega o objeto ou o coloca à disposição do estelionatário.

No furto com fraude, a conduta ardilosa facilita a subtração ou tirada da coisa por parte do próprio agente. A vítima não a entrega nem a coloca à disposição do agente. Este, em razão da fraude, é que a subtrai.

Os acórdãos abaixo retratam com fidelidade casos típicos da figura delituosa em exame:

Evidenciando-se nos autos que o réu simulou interesse na compra de veículo a fim de ganhar a confiança do vendedor e, assim, diminuir a vigilância deste sobre a *res furtiva*, configurado está o delito de furto mediante fraude (CP, art. 155, § 4º, II) (TJSC. Terceira Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.045520-6, de Urussanga. Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco. Data da decisão: 07/12/2007).

Aquele que a pretexto de adquirir roupas, pede para experimentá-las, vai ao provador e, arditosamente, burlando a vigilância do vendedor, esconde peça sob as vestes, subtraindo-a, incide em furto qualificado pela fraude (TJSC. Primeira Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2006.036671-7, de Taió. Relator: Des. Amaral e Silva. Data da decisão: 27/03/2007).

Furto qualificado pela fraude. Emprego de ardil para a realização de *test drive* em motocicleta exposta à venda em estabelecimento comercial. Subtração do bem após autorização para experimentar o veículo. Elemento volitivo (fraude) destinado à obtenção da *res furtiva* (TJSC. Terceira Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.063031-6/000000, de Itapoá. Relator: Des. Torres Marques. Data da decisão: 20/02/2008).

Não contestamos o acerto teórico-dogmático dessas decisões e de tantas outras do mesmo gênero. Nossa crítica se volta, isso sim, para o próprio sistema legal, por suas distinções típicas, que confundem e complicam a exegese. De um ponto de vista ético, não existe diferença entre estelionato e furto com fraude. Daí o desatino do legislador, mencionado no item introdutório.

3.3 Escalada

Em seu sentido literal, a escalada remete à ideia de galgar, de subir. Mas a doutrina amplia, com a maior naturalidade, o alcance da qualificadora. Confere ao texto uma interpretação extensiva, a desmentir o discurso de sua proibição em matéria penal¹². Assim, o uso de uma via anormal de acesso ao recinto já se mostraria suficien-

12 V., sobre o tema, em detalhes, BASTOS, João José Caldeira. *Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica*. Florianópolis: ed. do autor, 2006. Sites disponíveis: *Jus Navigandi* (www.jus.com.br); *Buscalegis* (www.buscalegis.ufsc.br); *Clubjus* (www.clubjus.com.br); *Conteúdo Jurídico* (www.conteudojuridico.com.br).

te para o reconhecimento da escalada, desde que o fato implicasse esforço incomum (pular um muro alto; ultrapassar um fosso; transpor uma janela basculante etc.) ou manejo de instrumentos como escadas e cordas, por exemplo.

É didática a decisão do STJ:

A escalada pressupõe a entrada em um local por um meio anormal, exigindo do agente esforço físico incomum, como saltar um muro de 1,80m de altura, conforme ocorrido *in casu*. A qualificadora da escalada incide contra aquele que não se intimida diante de um obstáculo, demonstrando uma tendência maior do agente em delinquir (STJ. Quinta Turma. REsp 680743/RS. Relator: Min. Gilson Dipp. Data do julgamento: 2/12/2004).

Quem, para furtar, arrisca pular de um barranco para o quintal de uma casa situada no plano inferior; ou desce de um apartamento para outro, pelo lado externo, incide igualmente na forma qualificada.

Eis a lição de Nélson Hungria: “Tanto é escalada o galgar uma altura quanto saltar um desvão (exemplo: um fosso), ou passar por via subterrânea não transitável ordinariamente (ex.: um túnel de esgoto)”¹³.

Também Heleno Cláudio Fragoso: “Escalada é a penetração no local do furto por via que normalmente não se usa para o acesso. Não se relaciona, assim, a escalada com a ação de galgar ou subir. Mesmo a passagem por um túnel ou subterrâneo constitui escalada”¹⁴.

Como quer que seja, a escalada, a par de outras qualificadoras, denota maior impetuosidade do agente na execução do furto. E isso ocorre, na grande maioria das vezes, quando se utiliza uma escada ou se transpõe um muro:

Furto qualificado (art. 155, § 4º, inc. II, do CP). Agente que, com auxílio de uma escada, obtém acesso a janela pela qual ingressou no imó-

13 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. v. 7, cit., p. 41.

14 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial (arts. 121 a 160 CP)*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 282.

vel da vítima. Qualificadora de escalada atestada pelo enredo dos fatos, máxime diante do laudo pericial e do depoimento judicial da vítima. Manobra praticada pelo agente que exige esforço anormal (TJSC. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.046346-1, de Ipumirim. Relator: Desembargador Substituto Tulio Pinheiro. Data da decisão: 19/02/2008).

Furto qualificado pela escalada. O réu escalou o muro do estabelecimento comercial da vítima e, aproveitando-se de um momento de descuido por parte desta, abriu a porta de uma camionete (que não estava trancada) e subtraiu, para si, um aparelho de CD automotivo (TJRS. Sétima Câmara Criminal. Apelação Crime n. 70023977655, de Lajeado. Relator: Des. Naele Ochoa Piazzeta. Julgado em 07/08/2008).

3.4 Destreza

O furto qualificado pela destreza pressupõe, em regra, proximidade física entre acusado e vítima, que não chega a notar a perda da posse da coisa exatamente em função da especial habilidade daquele.

Se alguém distrai o dono da loja para que o comparsa logre a subtração, não há como enxergar no fato, de modo inexorável, a sutil e dissimulada manipulação, o “passe de mágica” inerente à destreza. Esta não se confunde com a fraude, que melhor se coaduna, isso sim, com a hipótese há pouco relatada.

Não é à toa que a figura em estudo se identifica, na maioria das vezes, com o “punguista”, com o “batedor de carteiras” em suas variadas e distintas manifestações:

Furto qualificado. Agente que subtrai do bolso da vítima telefone celular sem que esta perceba a ação. Condenação apoiada na palavra da vítima, dos policiais e no fato de a ré ter sido encontrada na posse da *res furtiva*. Qualificadora da destreza configurada (TJSC. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2005.020934-2, de Itajaí. Relator: Des. Torres Marques. Data da decisão: 9/08/2005).

Furto qualificado pela destreza (CP, art. 155, § 4º, inc. II). Subtração de carteira contendo documentos pessoais e dinheiro do interior da bolsa da vítima, sem que ela percebesse. Destreza caracterizada (TJSC.

Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.026900-7, da Capital. Relator: Des. Irineu João da Silva. Data da decisão: 04/09/2007).

É perfeitamente possível a tentativa da forma qualificada. O acaso pode concorrer para que a própria vítima, em poucos segundos, sinta a falta do objeto, que é recuperado logo em seguida. *Idem* com relação a terceiros que testemunham o desenrolar dos acontecimentos. A destreza existiu. Faltou a consumação.

Se o agente, por inabilidade, não logra a consumação, tipifica-se a tentativa de furto simples. Mas a inabilidade não impede em certos casos a forma *consumada* do furto simples:

Furto qualificado. Destreza. Habilidade excepcional. Inocorrência. Réu que se fez notar quando da perpetração do delito. Desclassificação para a modalidade simples (TJSC. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2004.007199-0, de São Francisco do Sul. Relator: Des. Sérgio Paladino. Data da decisão: 11/05/2004).

Portanto, furto simples. Lê-se no corpo do acórdão:

A qualificadora prevista na parte final do inciso II do § 4º do art. 155 do Código Penal – destreza – não está configurada no caso concreto. Como é sabido, corresponde a uma habilidade sutil empregada no momento da subtração da *res*, da qual se vale o agente para que, não sendo notado, obtenha êxito no seu intento criminoso. Com efeito, o acusado mostrou-se completamente inábil, fazendo-se perceber ao perpetrar o crime, conforme as declarações da própria vítima, que afirmou tê-lo visto furtar o dinheiro que utilizaria para pagar a conta (fl. 30), circunstância que descaracteriza a qualificadora.

Por fim, uma curiosidade:

Tal como o estelionatário é considerado o intelectual do direito penal, o batedor de carteiras é reputado o prestidigitador. Talvez por isso as legislações de antanho – comenta Paulo José da Costa Júnior – chegavam a elencar a destreza entre as atenuantes do furto.¹⁵

15 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 206.

Também Mário Hoepfner Dutra: “Outrora, conforme já explanamos, algumas legislações consideravam-na como circunstância atenuante, consignando-a outras como motivo de isenção de pena”¹⁶.

Outros tempos, os nossos. Apesar de todas as cautelas doutrinárias e jurisprudenciais, impossível desconhecer que se está diante de um *ladrão*. Enquanto ele *subtrair* – e o fizer com destreza, fraude, abuso de confiança etc. – há de permanecer em seu devido lugar, distante do pedestal de apropriadores indébitos e refinados estelionatários. *Legem habemus*.

4 CHAVE FALSA

Examinemos o inciso III:

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:

(...)

III - com emprego de chave falsa;

A consulta aos dicionários permite confirmarmos os vários sentidos da palavra “chave”, a demandar a eliminação da ambiguidade com a imediata percepção de que se trata, num primeiro momento, de “artefato de metal que movimenta a lingueta das fechaduras”. E chave falsa, em consequência, seria “a que abre uma fechadura que não seja a dela”¹⁷.

Júlio Fabbrini Mirabete ensina-nos que no conceito de chave falsa “se inclui não só a imitação da verdadeira, como também todo instrumento de que se utiliza o agente para fazer funcionar o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo análogo (gazuas, grampos, tesoura, arames etc.), possibilitando ou facilitando, assim, a execução do crime (RT 479/352; JTACrSP 67/244; RJDTACRIM 6/95)”¹⁸.

16 DUTRA, Mário Hoepfner. *O furto e o roubo*, cit., p. 199.

17 *Dicionário Aurélio*. Século XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 456-457.

18 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. v. 2. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 234.

Oportuna, pois, a transcrição de ementa do STJ, que ratifica o ponto de vista externado:

Conforme entendimento há muito consolidado nesta Corte Superior, o conceito de chave falsa abrange todo instrumento, com ou sem forma de chave, utilizado como dispositivo para abrir fechadura, incluindo mixas, tal como se dá na espécie (STJ. Quinta Turma. HC 101495/MG. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 19/06/2008).

Por outro lado, deve a chave falsa ser utilizada em mecanismo (fechadura) que funcione como obstáculo à subtração da coisa. No caso de automóveis, não vale a conduta diretamente voltada para a ignição do motor:

Furto qualificado pelo emprego de chave falsa, utilizada unicamente para acionar o motor do veículo. Desclassificação para furto simples que se impõe. “A utilização de chave falsa diretamente na ignição do veículo para fazer acionar o motor não configura a qualificadora do emprego de chave falsa (CP, art. 155, § 4º, III). A qualificadora só se verifica quando a chave falsa é utilizada externamente à *res furtiva*, vencendo o agente o obstáculo propositadamente colocado para protegê-la” (STJ. 5ª Turma. RESP 43.047-SP. Rel. Min. Edson Vidigal. DJU 15.09.1997). (TJSC. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2007.017032-2, de Balneário Camboriú. Relator: Des. Sérgio Paladino. Data da decisão: 19/06/2007).

Com relação à chave original, verdadeira, não vemos como possa equiparar-se à chave falsa. Se ela foi encontrada, por descuido da vítima, na porta de entrada, subsiste o furto simples. Se foi obtida, porém, por meio fraudulento, justifica-se o reconhecimento de outra qualificadora (fraude).

5 CONCURSO DE PESSOAS

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:

(...)

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

O concurso de agentes, proclama Luiz Regis Prado,

reflete-se com inegável clarividência na magnitude do injusto, já que a ação delituosa praticada em tal circunstância reveste-se de maior êxito não só pela divisão de tarefas entre os rapinadores, como também pelo mútuo incentivo à concreção do delito”.¹⁹

O comentário é pertinente e valeria, em tese, para qualquer outro delito patrimonial, mas já vimos que o legislador reserva o “privilégio” para os autores de furtos (e roubos ou extorsões). Receptadores, por exemplo, embora sempre contem com a eficiência de outros delinquentes (assaltantes, traficantes, latrocidias etc.), são agraciados pelo legislador com a pena de reclusão de 1 a 4 anos, e multa. É certo que a lei endureceu a situação dos receptadores profissionais (CP, art. 180, § 2º). Nada obstante, através de censura à técnica legislativa (“deve saber”), já se tentou e ainda hoje tenta-se neutralizar o comando normativo, em detrimento do interesse social inerente à reforma implantada.

De qualquer modo, inexistente forma qualificada no concurso de pessoas em crimes como os de estelionato e apropriação indébita. Afora o roubo ou extorsão, reservou-se o agravamento da resposta penal ao delito de furto, que já se encontra cercado de uma série de circunstâncias impeditivas do reconhecimento de sua forma simples.

Fazemos essas observações para salientar, mais uma vez, a importância do intérprete no processo histórico de construção do direito penal. Todo intérprete parte de si mesmo, de sua formação cultural, de seus valores, de suas idiosincrasias. Assim, Nélson Hungria teve o cuidado de apregoar a necessidade da “presença *in loco* dos concorrentes, ou seja, a cooperação deles na fase *executiva* do crime”, a par de uma “consciente *combinação* de vontades na ação conjunta”²⁰.

19 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 377; *Comentários ao código penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 549.

20 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 44.

Somente nesse caso é que se pode cogitar da “magnitude do injusto” mencionada por Luiz Regis Prado. Como esclarece Luiz Flávio Gomes, “a tipicidade não se esgota na adequação literal ou gramatical da conduta, sendo mister, sempre, o *plus* da afetação concreta do bem jurídico”²¹.

Esse “plus” inexistente, em termos de tipo qualificado, na simples constatação de que alguém, induzido ou instigado por outrem, age isoladamente do início ao fim da execução, afastando em consequência a chance de “maior êxito” na realização do furto.

Cumpra-se a lei: nesse caso, e outros semelhantes, o crime foi *cometido* (CP, art. 155, § 4º) por apenas uma e não por duas ou mais pessoas.

Portanto, até mesmo a *letra* se harmoniza com o *espírito* da norma. Disso se aperceberam, entre outros, Weber Martins Batista²²; José Henrique Pierangeli²³; Celso Delmanto²⁴; Cezar Roberto Bitencourt²⁵; Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Marta Saad²⁶; Rogério Greco²⁷.

Na correta observação de Cezar Roberto Bitencourt,

o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a necessidade da participação efetiva dos agentes na execução do crime. Argumentou, então, com muita propriedade, o relator, Min. Djaci Falcão, que “se o legislador visa, no caso, a punir mais gravemente a soma de esforços

21 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 114.

22 BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 189.

23 PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*. v. 2. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 219-220.

24 DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 464.

25 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32-33.

26 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Dos crimes contra o patrimônio. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 789.

27 GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: 2008. p. 621.

para a prática do crime, circunstância a que se agrega a da redução da capacidade de defesa da vítima, razão, a nosso ver, dessa agravação, parece-nos evidente que o preceito deva ser interpretado, teleologicamente, como endereçado à hipótese de cooperação de agentes na fase de execução do crime, única hipótese em que aquelas duas circunstâncias se fazem realmente presentes²⁷. Mais não precisaria ser dito²⁸.

Veja-se a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça:

A qualificadora do concurso de pessoas tem lugar em face da maior ameaça ao bem jurídico tutelado. No caso de furto onde apenas um dos agentes subtrai a coisa, cabendo ao outro ocultá-la, não se configuraria a qualificadora do concurso de pessoas. Seria necessário que ocorresse a cooperação de ambos na subtração da coisa para que fosse aplicada a qualificadora (STJ. REsp 90451/MG. Relator: Ministro Anselmo Santiago. Data do julgamento: 10/06/1997).

Mas há divergências, na doutrina e na jurisprudência.

Por outro lado, sedimentou-se no STJ o entendimento de que não cabe aplicar ao furto qualificado pelo concurso de agentes o aumento de pena preconizado no roubo (1/3 a 1/2, a incidir sobre os limites do furto simples). Não haveria lacuna na lei nem ofensa aos princípios da isonomia ou proporcionalidade:

Recurso especial. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Aplicação analógica da majorante do roubo, prevista no art. 157, § 2º, II, do Código Penal. Impossibilidade. Não deve ser aplicada, analogicamente, a majorante do crime de roubo prevista no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, ao furto qualificado pelo concurso de pessoas, já que inexistente lacuna na lei ou ofensa aos princípios da isonomia e da proporcionalidade (STJ. Quinta Turma. REsp 1052564/RS. Relator: Min. Jorge Mussi. Data do julgamento: 28/08/2008).

Havendo regra específica a ser aplicada nos crimes de furto qualificado pelo concurso de pessoas (artigo 155, § 4º, IV, do CP), é inaceitável sua substituição pela do artigo 157, § 2º, do mesmo diploma, sob a alegação de ofensa ao princípio da proporcionalidade (STJ. Sexta Turma. AgRg no REsp 983291/RS. Relator: Min. Paulo Gallotti. Data do julgamento: 27/05/2008).

28 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32-33.

O tema também é pacífico em ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal. Foram, pois, mantidas e preservadas as regras do sistema legal e constitucional²⁹.

6 FURTO QUALIFICADO ESPECIAL

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior (Incluído pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996).

Introduziu-se no Código Penal uma figura de furto qualificado ainda mais grave do que as anteriores. A pena mínima passou de dois para três anos de reclusão. Por um lapso, todavia, omitiu-se a pena cumulativa de multa.

Trata-se de furto de veículo automotor (automóvel, caminhão, lancha, motocicleta etc.) que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. Inexiste propriamente uma nova consumação, mas um adendo típico que determina e consolida, de modo específico, a metamorfose do crime cometido. Enquanto o bem subtraído não ultrapassa o limite territorial subsiste apenas o delito-base efetivamente praticado, mesmo que o flagrante se dê a poucos metros de distância do marco divisório.

Só se admite a tentativa da forma qualificada se a *execução* do furto se confunde com a travessia da fronteira e o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Conforme José Henrique Pierangeli,

pelo menos quatro razões levaram à providência legislativa: a) o crescimento alarmante do furto e do roubo de veículos a motor, inclusive veículos de carga, que normalmente são levados para lugar distante; b) um elevado prejuízo para a vítima, que quase sempre ocorre; c) as dificuldades para a recuperação da *res furtiva*, e para a determinação da autoria, e a conseqüente impunidade do agente; d) o crime organizado,

29 STF. HC 94585/RS. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 24/06/2008; STF. HC 9.4030/RS. Primeira Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 20/05/2008.

que se faz presente na maioria das ações que são objeto da qualificadora.³⁰

A informação é procedente. Em contrapartida, cabe a observação crítica de Alberto Silva Franco:

De novo, no balanceamento entre os bens jurídicos em jogo – vida e integridade física, de um lado, e patrimônio, de outro – deu-se especial ênfase ao patrimônio. O crescimento assustador dos acidentes provocados pelo veículo automotor e o número cada vez maior de pessoas atingidas pelo emprego desse indispensável meio de locomoção não foram suficientes para sensibilizar os reformadores do Código Penal.³¹

Vejamos duas hipóteses corriqueiras, colhidas da jurisprudência:

Crime contra o patrimônio. Furto qualificado. Automóvel transportado para outro Estado (art. 155, § 5º, do CP). Ocorrência e autoria do delito claramente estampadas no processado, mormente diante da confissão do acusado e dos depoimentos dos policiais que efetivaram a prisão em flagrante (TJSC. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2006.006480-6, de Sombrio. Relator: Juiz Túlio Pinheiro. Data da decisão: 25/04/2006).

Crimes contra o patrimônio. Art. 155, § 5º, do Código Penal. Furto qualificado. Veículo transportado para o exterior. Autoria e materialidade demonstradas. Depoimento preciso das testemunhas indicando o apelante como autor do delito. Absolvição impossível. Sentença mantida. Recurso desprovido (TJSC. Primeira Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 2005.026552-2, de Itapiranga. Relator: Des. Solon d'Eça Neves. Data da decisão: 18/10/2005).

Qual a estrutura jurídica do tipo? Na grande maioria das vezes o agente, antes de cometer o furto, imagina e planeja a etapa complementar preconizada em lei. Entretanto, verifica-se que o texto do § 5º não exige necessariamente a presença antecipada desse objetivo de transporte do bem para o exterior ou para outra unidade da

30 PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 2. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 220-221.

31 FRANCO, Alberto Silva. Dos crimes contra o patrimônio. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 2.526.

Federação – em que se inclui, por óbvio, o Distrito Federal. Basta que, na sequência, o próprio autor do furto, por si ou por terceiros, encarregue-se da transposição dos limites territoriais, configurando-se então o delito em sua forma qualificada especial.

Todos os que concorrem para o fato, sabendo da futura movimentação do veículo, incidem na figura delituosa em análise. Mas é preciso distinguir. Aquele que, ciente do furto de que não participou, se encarrega do aludido transporte, responde pelo crime de receptação dolosa, simples ou qualificada. Por motivos análogos, inexistente a forma qualificada do § 5º em relação ao executor da subtração de um automóvel se quem o adquiriu vier a circular com o veículo em outro Estado ou no exterior (CP, art. 13, § 1º). O provável delito deste último se esgota no ato de aquisição do veículo automotor.

7 OBSERVAÇÕES FINAIS

As contradições teórico-dogmáticas constituem a marca registrada de todo e qualquer jurista, sem uma única exceção, porque o direito se constrói aleatoriamente, em função dos gostos e preferências ocasionais de um intérprete condenado à mudança e à liberdade de escolha. Imagine-se o que se passa quando as variáveis interpretativas, que se contam às centenas, somam-se aos diferentes temperamentos e ideologias personalizadas de cada operador jurídico, encarregado de decifrar o indecifrável.

Assim, a exegese do furto simples ou qualificado, com suas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, não haveria mesmo de escapar desse impasse que acaba caracterizando o direito e o próprio direito penal.

Além disso, nota-se um descompasso normativo entre as penas cominadas aos delitos contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa (por exemplo: furto, estelionato e apropriação indébita). Relembrando: a qualificadora do concurso de pessoas (dois ou mais agentes) só vale para o *furto*; a *subtração* com fraude é reputada mais grave do que o estelionato propriamente dito; o

abuso de confiança só complica a situação jurídica de quem *subtrai*; a detenção *vigiada* remete o fato ao art. 155 e parágrafos, impedindo o reconhecimento da apropriação indébita, em detrimento do “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. E assim por diante.

Os crimes de furto, apropriação indébita e estelionato, que lembram indevida cobiça patrimonial, deveriam estar nivelados normativamente em termos de cominação de pena. Todos eles retratam obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio. A ênfase no detalhe (*apropriação, subtração ou fraude*, para efeito de eventual diminuição ou endurecimento da pena) atende a ultrapassados preconceitos e não se coaduna com a regra maior, de índole constitucional, de tratamento igualitário e resposta punitiva proporcional à natureza do fato praticado.

Em suma, o problema poderia ser amenizado se desaparecessem do sistema as arbitrárias distinções em relação a certos crimes que guardam consigo, em essência, o mesmo desvalor da conduta e resultado.

Trata-se de uma questão de justiça e bom senso, por força da similitude de comportamentos no campo da reprovação ético-social. Teríamos, em consequência, maior chance de tratamento isonômico por parte do poder judicante, até hoje seriamente dividido em suas decisões e, pois, objetivamente injusto no processo hermenêutico de identificação da estrutura jurídica desses delitos em suas formas simples e qualificadas.

QUALIFIED THEFT: INTERPRETATION AND CRITIQUE

Abstract: The theoretical-dogmatic and critical-methodological analysis of the crime of qualified theft allows for the understanding of a differentiated legal normativism which risks the balance of the system. The crimes of theft, unlawful appropriation and fraud recall the improper property greed and should be leveled in terms of establishing punishment. All of them portray the gaining of illicit advantage to someone else's disadvantage.

The emphasis on detail (*appropriation, subtraction or fraud*, to affect an eventual decreasing or stifling of the punishment) fulfils surpassed prejudices and do not fit in with the major rule, of constitutional essence, of egalitarian treatment and punishment proportional to the essence of the deed.

Keywords: Qualified theft. Theoretical-dogmatic view. Critical-methodological view.

REFERÊNCIAS

BASTOS, João José Caldeira. Crimes contra o patrimônio: anotações crítico-metodológicas. *Revista Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, CPGD/UFSC, n. 33, dez. 1996. Igualmente em: *Jurisprudência Catarinense*. v. 78. Florianópolis: TJSC, 1997. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>> e <<http://www.buscalegis.ufsc.br>>.

_____. *O poder judiciário e a lei: a decisão contra a lei na jurisprudência penal catarinense*. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1979. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br>>; <<http://www.clubjus.com.br>>; <<http://www.conteudojuridico.com.br>>.

_____. *Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica*. Florianópolis: Ed. do autor, 2006. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>; <<http://www.buscalegis.ufsc.br>>; <<http://www.clubjus.com.br>>; <<http://www.conteudojuridico.com.br>>.

_____. *Curso crítico de direito penal*. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

BASTOS JÚNIOR, Edmundo José de. *Código penal em exemplos práticos*. 5. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: RT, 2008. v. 3.

- DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DUTRA, Mário Hoepfner. *O furto e o roubo*. São Paulo: Max Limonad, 1955.
- FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1961. v. 5.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio: século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio: *Lições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1962. v. 1.
- _____. *Lições de direito penal, parte especial: arts. 121 a 160 CP*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: RT, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. Dos crimes contra o patrimônio. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. Ideologia do inimigo e o momento consumativo do roubo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1943, 26 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11873>>. Acesso em: 26 out. 2008.
- GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 2.
- _____. *Código penal anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEAL, João José. *Direito penal geral*. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.
- JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, v. 9. Edição especial em DVD. Florianópolis: TJSC, 2008.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 22.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Dos crimes contra o patrimônio. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 2.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. v. 2.

_____. *Comentários ao código penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: RT, 1995.

TELES, Ney Moura. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.

WARAT, Luís Alberto. *El derecho y su lenguaje*. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1976.