

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

[Resumo](#)

Material destinado à preparação para o concurso da PCDF - 2019

Reinaldo Rossano Alves

Defensor Público do DF – Professor de Direito Penal

DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

1. Furto (Art. 155)

a) Tipo Penal Fundamental

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

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

[...]

b) Elementos do Crime – Adequação Típica

O tipo penal é formado pelo núcleo (verbo) “subtrair” e pelos elementos “coisa”, “móvel”, “alheia” e “para si ou para outrem”.

O objeto do delito é o elemento “coisa”. Assim, a subtração de um ser humano caracterizará outro delito (como por exemplo, o do art. 148 ou o do art. 249, do CP). Exige-se, ainda, para que exista a adequação típica (tipicidade), que a coisa seja “móvel”.

Vale lembrar que o conceito de coisa móvel, em direito penal, distingue-se daquele fornecido pelo Código Civil (art. 82), pois é mais amplo. Nesse sentido, coisa móvel é toda substância corpórea, material, ainda que não tangível, suscetível de apreensão e transporte, incluindo os corpos gasosos, os instrumentos ou títulos, e também as partes do solo (RT 589/396, 748/734) ou da casa, árvores, navios e aeronaves (Mirabete).

É necessário, também, que a coisa seja “alheia”. Nesse contexto, discute-se se é possível o furto de coisa própria (proprietário que não tem a posse da coisa), havendo três correntes sobre o tema.

A primeira (Hungria, Fragoso, Mirabete) afirma que referida conduta constituiria o crime do art. 346 do CP (*Art. 346 - Tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa*).

Outra corrente doutrinária (Magalhães Noronha) entende que o fato constitui crime de furto, pois a expressão alheia se refere também à posse alheia.

Por fim, a terceira corrente (Bitencourt) afirma que o fato não constitui crime.

De fato, ainda que a expressão “alheia” se refira também à posse alheia, entende-se que, em face do princípio da especialidade, a conduta em questão se adapta melhor à norma do art. 346 do CP, desde que a posse do terceiro advenha de determinação judicial ou convenção (posse lícita). Por outro lado, se esta posse for ilícita, o fato não constituirá

crime, vez que o proprietário, caso haja sem excessos, estará acobertado pela dirimente do exercício regular de direito, protegendo o seu patrimônio.

Por sua vez, as coisas sem dono (*res nullius*), abandonadas (*res derelicta*) e de uso comum (*res commune omnium*) não podem ser objeto do crime de furto. A coisa achada (*res desperdita*) pode ser objeto do crime do art. 169, II, do CP (apropriação de coisa achada).

A seu turno, é possível falar-se em furto de coisa furtada. Assim, o agente que subtrai bens outrora furtados, comete crime de furto. De fato, “a subsequente subtração de objeto furtado e abandonado é crime, pois não existe o prolongamento da subtração, como ação única, por um segundo agente que não teria participado do primeiro crime. Ademais, o fato de a vítima não ser identificada, num primeiro momento, não impede o reconhecimento daquele delito, pois o legislador protege o patrimônio das pessoas, em geral, não o de alguém, em particular. para a configuração do delito basta a certeza de que os objetos não eram do ladrão” (RJ 239/127).

Sujeito ativo do crime é aquele que subtrai a *res* ou concorre de qualquer modo para que ela seja subtraída. Assim, o agente que encomenda o furto e recebe a coisa furtada não responde pelo crime de receptação, mas pelo delito de furto, a título de participação ou co-autoria, conforme o caso. É evidente que, nesta hipótese de furto, a coisa era determinada. A propósito, sobre o tema, consulte nossas observações acerca do crime de receptação.

Por fim, mister que a subtração seja “para si ou para outrem”, elemento subjetivo do tipo que encerra a finalidade especial do agente, consistente no ânimo de assenhoreamento definitivo da coisa alheia (*animus furandi* ou *animus rem sibi habendi*).

Desse modo, doutrina e jurisprudência passaram a admitir a figura do “furto de uso” como causa de exclusão da tipicidade. É necessário, porém, que a coisa venha a ser entregue nas mesmas condições em que se encontrava antes da subtração (v. TJDFT – APR 1998021000001-6; APR 2002071009644-9), pois, caso contrário, resta configurado o furto. Conforme já decidido na jurisprudência, “*impossível conjecturar-se de furto de uso se a coisa móvel, objeto da subtração, não se restituiu ao dono voluntariamente, ‘ad pristinum stantum’, uma vez que tal modalidade de crime reclama, para o seu reconhecimento, a devolução da ‘res furtiva’ nas condições originárias*” (RJTACRIM 52/97).

Tem-se aplicado, igualmente, no crime de furto o princípio da insignificância (bagatela), figura criada em face do caráter fragmentário do Direito Penal, que retira a tipicidade do fato, quando a lesão, calculada em razão do valor da *res furtiva*, da condição

econômica da vítima, do valor sentimental do bem, como também das circunstâncias e do resultado do crime, for ínfima, não trazendo nenhuma lesão ao bem jurídico tutelado.

É evidente que o princípio da insignificância deve ser aplicado com a devida cautela, a fim de que não haja estímulo a pequenos delitos, pois não se pode relacionar “lesão mínima” apenas com o valor do prejuízo experimentado pela vítima. Com efeito, a *“verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado”*. (STJ - RHC 17892/DF – Rel. Min. Gilson Dipp - DJ 19.12.2005 p. 444). Portanto, *“a incidência, contudo, do princípio da insignificância requisita a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada”* (REsp 770899/RS – Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJ 06.02.2006 p. 399).

c) Momento da Consumação do Delito

Diversas teorias procuram abordar a questão do momento consumativo do delito. Consoante lição lapidar de Hungria, *“em torno do momento consumativo do crime de furto, debatem-se várias teorias, umas extremadas, outras temperadas: a da **contrectatio**, a da **aprehensio**, a da **amotio**, a da **ablatio**. Se para alguns basta o tocar com as mãos a coisa móvel alheia, cum affectum furandi, para que o furto se consume, outros, divergindo ex diametro, entendem que somente ocorre a consumação quando a res furtiva é levada ad locum quo destinaverat fur. Mas há os que buscam um meio-térmo entre tais extremos: não basta tocar com as mãos, nem tampouco segurar ou apreender a coisa, mas também não é necessário que o agente consiga transportá-la a um predeterminado lugar ad quem: é suficiente a deslocação da coisa, mas de modo que esta se transfira para a posse exclusiva do ladrão”* (grifo nosso).

Repare que o mestre, no primeiro momento, está se referindo as teorias da *contrectatio* e da *aprehensio*. Com efeito, para a teoria da *contrectatio* o crime se consuma quando agente consegue tocar a coisa. Para a *aprehensio* (ou *aprehensio*), é necessário que o agente segure a coisa para o delito atinja seu momento consumativo.

Por outro lado, na segunda parte, Hungria quis mencionar as teorias da *ablatio* e da *amotio*, aquelas que entendem estar consumado o delito quando há inversão da posse. De

fato, a teoria da *ablatio*, exige que o agente tenha a posse tranqüila da *res*, ainda que por pouco tempo, ou seja, que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, mesmo que brevemente. Para a *amotio*, o crime de furto está consumado quando houver a inversão da posse, ou seja, quando o agente deslocar, remover a coisa para retirá-la da esfera de vigilância da vítima, não sendo necessário que o sujeito tenha a posse tranqüila da coisa furtada. Ou seja, as duas teorias divergem-se acerca do conceito de inversão da posse. Tal fato foi perfeitamente delineado por Hungria, veja: *“Mas, aqui, também, há controvérsia. Que se deve entender por essa transferência de posse, ou, melhor, quando se pode dizer realizada tal transferência? Afirmam uns que surge a posse do ladrão quando este consegue afastar-se da esfera de atividade patrimonial, de custódia ou de vigilância do dominus, ainda que, perseguido, venha a ser imediatamente despojado. Opinam outros, entretanto, que é necessário estabelecer-se um estado tranqüilo, embora transitório, de detenção da coisa por parte do agente. Inclino-me, decididamente, por esta última solução. Penso, aliás, que é a única aceitável perante o nosso direito positivo. O furto não se pode dizer consumado senão quando a custódia ou vigilância, direta ou indiretamente exercida pelo proprietário, tenha sido totalmente iludida. Se o ladrão é encaçado, ato seguido à apprehensio da coisa, e vem a ser privado desta, pela fôrça ou por desistência involuntária, não importa que isto ocorra quando já fora da esfera de atividade patrimonial do proprietário: o furto deixou de se consumir, não passando da fase de tentativa. Não foi completamente frustrada a posse ou vigilância do dono. Não chegou êste a perder, de todo, a possibilidade de contato material com a res ou de exercício do seu poder de disposição sôbre ela. A sua propriedade sofreu sério perigo, mas não pròpriamente uma efetiva lesão: a sua posse, como exercício da propriedade foi perturbada, mas não definitivamente suprimida. Portanto, o mestre inclinava-se pela adoção da teoria da ablatio”.*

Há, ainda, quem se refira a outra teoria chamada de *illatio*, a qual exige, para a consumação do delito, que a coisa seja levada ao local desejado pelo ladrão para tê-la a salvo.

De fato, pode dizer que as duas primeiras teorias – *contractatio* e *apprehensio* – são extremamente rigorosas com os agentes deste delito. Por outro lado, as teorias da *ablatio* e da *illatio*, bastante favoráveis. E a última – *amotio* – constitui uma teoria intermediária entre as quatro anteriores.

Nesse contexto, tem sido extremamente relevante a discussão acerca da consumação do delito de furto, principalmente nos casos de perseguição imediata ao agente, quando

este não consegue a subtração definitiva da coisa, vindo a ser preso em flagrante. Suponha a seguinte situação: “A” subtrai a carteira de “B” que consegue notar a subtração e, ato contínuo, sai em perseguição ao agente, vindo a alcançá-lo 2 km após, e, contando com a ajuda de terceiros, consegue recuperar a *res*. “A” deverá responder por furto tentado ou consumado?

A resposta acerca da consumação, ou não, do crime de furto, em casos tais, dependerá de qual das três teorias forem aplicadas.

Adotada as teorias da *contractatio* e da *apprehensio* “A” deveria responder por furto consumado, pois conseguiu “tocar” ou “segurar” a coisa.

De acordo com a teoria da *ablatio*, o furto não se consumou, pois “A” não obteve a posse tranqüila da *res*, vez que a perseguição se iniciou imediatamente, só se interrompendo com a recuperação da carteira. Nesse caso, responderia por tentativa de furto. O mesmo ocorreria ao se aplicar a teoria da *illatio*, já que o agente não conseguira levar a coisa para o local desejado.

Por outro lado, adotando-se a teoria da *amotio*, o furto estaria consumado, pois houve a inversão da posse, com o agente removendo a coisa para retirá-la da esfera de vigilância da vítima.

As teorias da *contractatio*, da *apprehensio* e da *illatio* não encontram mais adeptos na doutrina e na jurisprudência.

A jurisprudência, em um passado muito próximo, adotava a teoria da *ablatio*, exigindo que a coisa saísse da esfera da vigilância da vítima, com o agente obtendo a posse tranqüila da *res*. (STJ - REsp 663900/RS).

No entanto, o STF, após o RE 102.490 (Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 17.9.87, DJ 16-08-1991 PP-10787), passou a aplicar a teoria da *amotio*, entendendo ser desnecessário a posse tranqüila da *res*, sendo o bastante que o agente invertesse a posse para retirá-la da esfera de vigilância da vítima. Ou seja, para a consumação tornou-se desnecessário que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima. Nesse sentido: HC 69753/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/02/1993.

O STJ, então, adotou a mesma teoria da *amotio* (chamando-a como sinônima de *apprehensio*).

Contudo, a questão da inversão da posse deve ser vista à luz da razoabilidade. Assim, por exemplo, não se pode concluir pela consumação do crime se o agente, por exemplo, após já estar com a carteira da vítima, em um furto cometido no interior de um ônibus, vem

a ser preso em flagrante, antes mesmo que saia do veículo. Não se pode concluir pela consumação de um crime de furto se o sujeito, em um furto cometido no interior de uma residência, é surpreendido ainda dentro desta, já estando de posse da *res furtiva*. Como bem sustentado pelo Ministro Moreira Alves, “*a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão*” (RE 102.490).

Ora, são diversas as teorias da *apprehensio* com a da *amotio*. Inversão da posse não é o mesmo que apreensão do bem. É certo, porém, que, no próprio RE 102.490 (STF), as duas teorias foram abordadas como sinônimas, o que levou a jurisprudência a equipará-las.

d) Tentativa

O furto é crime material e plurisubsistente, admitindo perfeitamente a tentativa, quando a subtração não se realizar por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Tarefa árdua, no entanto, é distinguir o momento em que já é possível responsabilizar penalmente o agente pelo crime de furto. Revela-se, nesse momento, de fundamental importância a distinção entre atos preparatórios e atos de execução, pois, como se sabe, o crime só se torna passível de punição quando for iniciada a sua execução, passando o agente da preparação para a fase executória do delito.

A doutrina e a jurisprudência, conforme já ressaltado anteriormente (v. observações sobre tentativa no crime de homicídio) alinharam-se à teoria objetiva-individual, proposta por Hanz Welzel, aperfeiçoada por Roxin.

Assim, se o agente estiver no local do crime (proximidade do delito) e for possível, no caso concreto, avaliar a sua intenção (o que se chama de “plano do autor”), já se considera por iniciada a “execução do crime”, sendo possível responsabilizá-lo pela tentativa de furto, ainda que não tenha dado início efetivamente à subtração. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de um ladrão, encontrando-se no quintal de uma casa que desejava furtar, ser surpreendido antes de iniciar a subtração da coisa. Nesse caso, embora não tenha dado início à ação típica, iniciou “a execução do crime”, devendo responder, por tentativa de furto. Nesse sentido: STJ – RESP 113603/DF - Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 01.09.1998, DJ 28.09.1998 p. 89.

d.1) Tentativa e crime impossível

É cabível, no furto, a caracterização de crime impossível nos casos de ausência de objeto material do delito. No entanto, para a configuração dessa figura, é necessária a absoluta impropriedade, sendo punível a conduta quando se tratar de impropriedade relativa do objeto. Assim, por exemplo, se o agente, com *animus furandi*, colocar a mão no bolso da vítima para subtrair a carteira, só não conseguindo a consumação devido ao fato do objeto encontrar-se no outro bolso, haverá tentativa de furto (impropriedade relativa do meio). Porém, se ambos os bolsos estiverem vazios, haverá crime impossível (impropriedade absoluta do meio), não se punindo a tentativa (art. 17 do CP).

A seu turno, o emprego de sistemas de vigilância e alarmes antifurto não exclui o crime, no caso de o agente ser surpreendido e não conseguir a subtração. Trata-se de delito tentado e não de crime impossível, pois a ineficácia do meio, nestes casos, é relativa e não absoluta.

De fato, não há sistema de vigilância que impeça de forma absoluta a consumação do furto. Assim, o meio empregado pelo agente, que não foi hábil para consumir o crime, possuía uma potencialidade, ainda que mínima, de produção do resultado, tendo sido tão-somente relativamente ineficaz. Nesses casos, portanto, considera-se a possibilidade mínima de consumação do crime, sendo a hipótese de crime tentado, quando o resultado não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

É a posição pacífica do STJ

d.2) Tentativa e desistência voluntária

É possível falar-se em desistência voluntária no crime de furto, quando o agente desiste voluntariamente da consumação do delito por sua própria vontade, respondendo apenas pelos atos já praticados. Assim, por exemplo, quando o agente ingressa em uma residência e verifica que a residência pertence a um amigo, o que faz desistir de levar os objetos que intentava subtrair, há de ser reconhecida a desistência voluntária, devendo o agente responder apenas pelo delito de violação de domicílio (art. 150 do CP).

Diversa é a situação quando o agente desiste de prosseguir no delito não por sua própria vontade, mas pelo medo de ser descoberto, ante a chegada de policiais ou de moradores da casa ou mesmo de vizinhos. Neste caso, deve ser reconhecida a tentativa e não a desistência voluntária, pois o agente não deixou de consumir o delito por sua própria vontade, mas por circunstâncias alheias.

d.3) Tentativa e arrependimento eficaz

Não há como se falar em arrependimento eficaz no crime de furto, pois a consumação do delito ocorre no momento da conclusão da execução do procedimento típico (Moura Teles). Em outras palavras, inexistente meio de o agente impedir a produção do resultado, pois este já se consumou.

Desse modo, ou desiste de prosseguir na execução do crime antes de esgotar os meios (desistência voluntária) ou deverá responder pelo delito consumado. Assim, por exemplo, se o agente devolver a *res intacta* ao seu legítimo proprietário momentos após a sua subtração, não será o caso de arrependimento eficaz, pois o delito já se consumou.

Nada impede, no entanto, que o agente venha a ser beneficiado pela figura do arrependimento posterior (art. 16 do CP), causa de diminuição obrigatória de pena (um a dois terços), que poderá reduzir a sanção, inclusive, abaixo do mínimo legal.

e) Furto “Noturno” (§1º)

Art. 155. [...]

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

[...]

Apesar de ser conhecida, na doutrina e na jurisprudência, pelo nome de “furto noturno”, a causa de aumento de pena prevista no §1º do art. 155 refere-se, na verdade, ao “furto praticado durante o período do repouso noturno”, denominação, aliás, utilizada pelo CP.

Não se trata, assim, de furto cometido durante a noite (critério físico-astronômico), mas de furto praticado durante o período do repouso noturno. Aliás, o “período de repouso noturno” deve ser aferido de acordo com os costumes locais, onde a vítima repousa (adoção do critério psicossociológico). Consiste “no período em que, pelos costumes locais, é o tempo entre a hora em que a população se recolhe e a em que desperta para a vida cotidiana” (Mirabete).

Discute-se se o fato de o local onde o furto é cometido estar desabitado exclui a majorante.

Para a primeira corrente (minoritária na doutrina e na jurisprudência), o crime deve ser praticado em casa habitada e os moradores devem estar repousando no momento da subtração para que incida a causa de aumento de pena. Afirma-se que o fundamento da majorante consiste na quebra do sossego dos moradores. Não estando estes no local do delito, não se configuraria situação de quebra do sossego e, portanto, de incidência da

majorante. Assim, no furto cometido em casa desabitada, em lojas ou mesmo no interior de veículos, ainda que praticado durante o período de repouso noturno, não há a aplicação da causa de aumento em questão.

De acordo com a segunda (dominante – Noronha, Damásio, Capez), a incidência da causa de aumento requer apenas que o furto ocorra durante o período noturno, sendo irrelevante o local do crime ou que esteja habitado, pois o fundamento da majorante reside na maior vulnerabilidade do patrimônio que existe no período do repouso noturno e não na tranqüilidade dos moradores. É a posição atual da jurisprudência. Desse modo, o furto cometido em estabelecimento comercial, desde que durante o período noturno, configura a causa de aumento de pena. Igualmente, se a subtração se dá no interior de veículos, caso praticada durante o período de repouso noturno, há a incidência da causa de aumento de pena.

Por fim, houve época em que se entendia que a majorante do “repouso noturno” não se aplicava às figuras qualificadas previstas nos §§ 4º a 7º. Contudo, a posição atual da jurisprudência é que existe total compatibilidade entre a causa de aumento e o crime de furto qualificado. Assim, por exemplo, praticado um crime de furto mediante concurso de pessoas (qualificadora do §4º) durante o repouso noturno, haverá incidência tanto da qualificadora quanto da causa de aumento do §1º.

h

f) Furto Privilegiado (§2º)

Art. 155. [...]

§ 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.

[...]

Trata o § 2º do art. 155 da figura conhecida como “furto privilegiado”. O privilégio consiste na: - substituição da pena de reclusão por detenção; - diminuição de um a dois terços da pena; - aplicação somente de pena de multa.

Para que o agente seja beneficiado pelo furto privilegiado é necessária a presença concomitante de dois requisitos: a primariedade e que a coisa furtada seja de pequeno valor. Presentes os requisitos, o juiz está obrigado a conceder o benefício. No entanto, apesar de, neste caso, o juiz estar obrigado a reconhecer o privilégio, a escolha de qual benefício será concedido é ato discricionário seu, que, inclusive, poderá lhes deferir cumulativamente. Este é o entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante.

Coisa de pequeno valor, de acordo com pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, é a que não alcança um salário mínimo vigente à época da subtração. Note que o CP não se referiu “a pequeno prejuízo” sofrido pela vítima, como no estelionato (art. 171, §1º), mas à coisa de pequeno valor. Nada impede, no entanto, que o juiz venha a afastar o critério do salário mínimo, em determinadas situações, deixando de conceder o benefício, mormente quando a vítima possui poucos recursos financeiros e em face disso sofre um considerável prejuízo.

Quanto ao outro requisito, predomina o entendimento segundo o qual primário é o não reincidente. Todavia, a jurisprudência passou a exigir, além dos requisitos previstos no §2º do art. 155 do CP, que as circunstâncias judiciais fossem favoráveis (art. 59 do CP).

g) Energia Elétrica (§3º)

Art. 155. [...]

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

[...]

O CP equiparou, por razões de política criminal (coibir os chamados “gatos”), a energia elétrica ou qualquer que tenha valor econômico à coisa móvel, a fim de que sua subtração pudesse configurar o crime de furto.

A norma alcança a ligação clandestina (“gato”), que consiste na subtração propriamente dita, ou seja, na captação de energia antes da passagem desta pelo medidor de energia. Assim, a alteração do medidor de energia configura estelionato, enquanto a ligação clandestina, furto qualificado pela fraude.

A subtração, neste caso, possui efeito de crime permanente (e não instantâneo), não havendo em que se falar em concurso de crimes (a cada subtração), se só houve uma ação criminosa, ainda que tenha sido subtraída a energia em várias oportunidades.

Discute-se se é possível equiparar o sinal de TV a cabo à energia elétrica, de forma a caracterizar a sua captação clandestina como crime de furto ou mesmo de estelionato.

O entendimento dominante (STF) inclina-se pela ausência de delito. Não se trata de furto, pois o sinal de TV a cabo não é coisa móvel, nem muito menos pode ser equiparado à energia elétrica, pois a energia é consumida (esgotando-se) e o sinal de TV não.

Igualmente, não admite a configuração do estelionato, pois não há prejuízo alheio (a emissora apenas não ganha, mas não se pode afirmar que sofre prejuízo). Ou seja, entende-

se que o estelionato exige o prejuízo direto, consubstanciado no dano emergente, não sendo suficiente para caracterizá-lo o lucro cessante.

A questão é polêmica, pois há decisões no sentido da existência de crime de furto na captação clandestina de sinal de TV (STJ).

Por sua vez, ainda que não seja equipara à energia, a água é coisa móvel. Neste caso, constitui furto, qualificado pelo emprego da fraude, a conduta daquele que desvia a tubulação antes do hidrômetro, a fim de livrar-se do pagamento da conta.

h) Furto Qualificado (§4º)

Art. 155. [...]

§ 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;
- 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.

[...]

Quatro circunstâncias qualificam o crime de furto, dobrando a pena do delito. Vejamos cada uma delas.

h.1) Destruição ou rompimento de obstáculo

Destruir é desfazer, romper é abrir (superar) o obstáculo (proteção) à subtração da coisa. A circunstância só incide se houver a destruição (ou rompimento) da proteção à subtração, não incidindo caso a violência seja perpetrada contra a própria coisa. Ou seja, o dano à própria coisa não qualifica o furto.

Discute-se, porém, se o obstáculo deve ser externo à coisa ou se pode ser a ela inerente. A discussão tem extrema relevância principalmente no que toca aos furtos de veículos e de seus acessórios, quando ocorre a destruição de vidros ou do quebra-vento ou mesmo da maçaneta da porta. Em princípio, não há como deixar de reconhecer que todos estes elementos funcionam também como fator de segurança nos automóveis. No entanto, são inerentes ao próprio veículo, e externos aos acessórios e objetos que nele se encontrem.

Prevalece na doutrina o entendimento de que o obstáculo deve ser externo à coisa. Conforme sustenta Hungria: *"Não é obstáculo, no sentido legal, a resistência inerente à coisa em si mesma. Assim, não é furto qualificado a subtração da árvore serrada pelo próprio agente, ou da porção de pano por ele cortada à respectiva peça, ou do pedaço de chumbo que violentamente destaca de um encanamento. É indeclinável que haja violência*

exercida contra um obstáculo exterior à coisa. No caso, por exemplo, de uma coisa anexa à outra (para o fim de sua própria utilização), mas de modo a permitir o desligamento sem emprego de violência, a sua subtração, mediante tal expediente não é furto qualificado".

Assim, por exemplo, se o agente quebrar o vidro do carro para subtrair uma toca CD (acessório), o furto será qualificado. Neste caso, o vidro é obstáculo externo ao aparelho de CF subtraído. No entanto, se o rompimento for intentado para a subtração do próprio veículo o furto será simples, pois, aqui, o vidro é obstáculo inerente ao próprio carro objeto do delito.

Na jurisprudência, a questão está longe de ser pacificada, podendo-se enumerar três posições:

1) Reconhece-se que a destruição de vidros ou do quebra-vento para a subtração, tanto de acessórios como do próprio veículo, qualifica o furto, pois a lei não exige que o obstáculo seja externo à coisa, podendo ser a ele inerente. Conforme asseverado pelo Ministro Néri da Silveira, no julgamento do HC 77675/PR (DJ 18-08-2000 p. 82): *"não é de ter como razoável acolher-se o entendimento segundo o qual o arrombamento de carro para subtrair toca-fitas ou objetos existentes em seu interior qualifica o furto, o que não sucede se o arrombamento colima subtrair o próprio automóvel. Sem o arrombamento da porta ou do sistema de segurança do carro, não se faria possível o furto; sem a violência em foco, o delito não se consumaria, quer numa situação, quer noutra".* Nesse sentido, a recente decisão do Pretório Excelso: HC 98406/RS, rel. Min. Ellen Gracie, 16.6.2009.

2) A referida destruição somente qualifica o furto se a subtração for de acessórios do veículo. Ou seja, se o agente destruir os vidros do automóvel para subtraí-lo, o furto será simples, pois o obstáculo deve ser externo à coisa; se realizou a destruição para subtrair acessórios ou objetos (e não o veículo) que se encontravam no interior do carro, responderá pelo furto qualificado. É a posição atual do STJ.

3) Como a mencionada destruição efetivada para a subtração do veículo (crime mais grave) não qualifica o furto, vez que o obstáculo deve ser externo à coisa, a subtração de acessórios (crime menos grave) também não poderá qualificá-lo. Ou seja, a destruição dos vidros não qualificaria o furto do veículo ou de seus acessórios.

A destruição ou rompimento deve ser realizado sempre antes da consumação do delito (durante o *iter criminis*). Após a subtração, há concurso material de crimes (furto simples e dano).

A prova do rompimento, necessária à condenação, deve ser realizada por meio de perícia, sob pena de nulidade, consoante entendimento dominante da jurisprudência.

h.2) Abuso de confiança

Neste caso, a qualificadora reside-se na menor proteção à coisa dispensada pela vítima, ante a confiança que deposita no agente. É necessário que a *res* esteja na esfera de disponibilidade do agente em virtude da confiança existente entre ele e o ofendido. Ou seja, deve existir entre a vítima e o agente um real laço de confiança que facilite à subtração da coisa.

O abuso de confiança, circunstância qualificadora do crime de furto, também pode ser elemento constitutivo do delito de apropriação indébita (art. 168 do CP). As situações, no entanto, são diferentes.

Com efeito, na apropriação indébita o agente, em razão da confiança que existe entre ele a vítima, possui a posse desviada da coisa, enquanto no furto a posse é vigiada. Ademais, na apropriação indébita: o dolo do agente só surge após a posse da coisa; no furto, ao contrário, o dolo é inicial (*ab initio*), precedendo à posse (ou detenção) da *res*.

Aliás, essa confiança também pode servir como meio de facilitação no emprego da fraude, elemento caracterizador do crime de estelionato.

A diferença entre as três figuras – furto, apropriação indébita e estelionato – é fácil de ser apontada no exemplo a seguir. Suponha que o agente deseja se apoderar de um livro de uma biblioteca. Para efetuar tal intento poderá: 1) aproveitar-se da relação de confiança que, em regra, existe entre a biblioteca e o usuário e colocar o livro dentro de sua bolsa, realizando a subtração; 2) iludir a bibliotecária, fazendo uso de fraude, para que esta não perceba que ele está subtraindo o livro; 3) iludir a bibliotecária, por meio de fraude, tomando por empréstimo o livro para, em seguida, dele “apoderar-se”. Na primeira situação, cometerá o delito de furto qualificado pelo abuso de confiança. No segundo caso, o agente cometeu o crime de furto qualificado pela fraude. Observe que, nessas duas situações, o abuso de confiança e a fraude fizeram com que a vítima não tivesse conhecimento da subtração do agente.

Por outro lado, no terceiro caso, o agente praticou o delito de estelionato, pois a fraude empregada fez com que a vítima livremente lhe entregasse o livro. Ou seja, a vítima tinha plena consciência de que o livro estava saindo de sua esfera de disponibilidade.

Repare que, nas três situações anteriores, o agente, antes do apossamento do bem, já desejava praticar o crime. Suponha, agora, que o sujeito, sem qualquer intenção de

se apoderar do bem, tome por empréstimo o livro, que, por certo, só é realizado em face da relação de confiança existente entre o agente e a biblioteca. Porém, posteriormente à posse, nasce no sujeito a vontade de ficar com o livro. Assim, o agente acaba por se apoderar do bem. Nesse caso, comete o crime de apropriação indébita, pois só manifestou sua intenção de permanecer com o livro após o empréstimo (posse da *res*).

Em suma, no furto a vítima não sabe que o bem está lhe sendo subtraído; no estelionato, tem essa consciência, pois entrega livremente o objeto ao agente, sendo enganada pela fraude que o sujeito empregou; na apropriação indébita, também entrega o bem ao agente, só que este, ao contrário do ocorre no estelionato, só passa a ter o dolo de permanecer com a coisa, quando já tem a posse do objeto; no furto, a posse é vigiada, enquanto que, na apropriação, é vigiada.

h.3) Fraude

A subtração praticada mediante o emprego de fraude também qualifica o crime de furto. Aqui, o agente utiliza-se de artifício (meio material) ou ardil (meio moral, lábria), para que a vítima não pressinta a saída da *res* de sua posse, havendo verdadeira subtração.

Como visto anteriormente, a fraude que qualifica o furto se difere daquela que constitui o estelionato (art. 171 do CP). Com efeito, neste último delito, a fraude é utilizada para que a vítima livremente entregue a coisa ao agente, enquanto no furto o seu emprego ocorre justamente para a vítima não tenha a ciência da subtração (v. observações no item h.2).

A vítima, no crime de estelionato, tem plena consciência do despojamento do bem; já no furto, ela é enganada, não tendo essa consciência, sendo-lhe o bem subtraído. É possível até que a vítima, sem a vontade de despojamento, entregue momentaneamente o bem ao agente, pensando em tê-lo em breve de volta. Assim, na situação de o agente se disfarçar de manobrista com a intenção de que a vítima lhe entregue o veículo, o que vem a ser realizado, não há que se falar em estelionato, pois a vítima não tinha consciência sobre o despojamento do bem, mas em delito de furto qualificado pela fraude, pois, em última análise, teve o bem subtraído. Nesse sentido: AgRg no AREsp 986.850/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017.

Observe que a fraude que retira da vítima a possibilidade de verificar a subtração, por ser mais grave, faz com que o delito seja punido com pena de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos (art. 155, § 4º, II), enquanto o estelionato, que tem a fraude em sua essência (a

vítima não tem excluída essa compreensão), é punido com pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

h.4) Escalada e destreza

Escalar significa transpor. No furto, a escalada consiste na transposição de algo para a subtração da coisa. É o acesso ao local do crime por meio anormal, como, por exemplo, entrar em uma casa pelo telhado ou saltando um muro alto. A qualificadora é excluída quando o agente não desprende maior esforço, como, por exemplo, se o muro escalado for baixo.

A escalada poderá ser comprovada por outros meios que não somente a perícia, a qual, neste caso, em regra, é desnecessária, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, vez que nem sempre a circunstância “escalada” deixará vestígios. Observa-se a mesma regra aplicada para o caso de rompimento ou destruição de obstáculo: deixando vestígios faz-se necessário a perícia (exame direto); não havendo vestígios ou se estes desapareceram é admitido o exame indireto, realizado por meio de testemunhas, nos exatos termos do artigo 171 do Código de Processo Penal.

A destreza é a chamada punção. Punguista é o batedor de carteiras (Dicionário Aurélio). É a habilidade incomum do sujeito. O parâmetro para aferir se a destreza do agente é a própria vítima. Desse modo, se esta perceber que está sendo furtada, a destreza deve ser desconsiderada. No entanto, se a descoberta ocorrer por terceiro e não pela vítima, haverá a qualificadora, visto que o ofendido, parâmetro de aferição, não havia notado a subtração. Nesse último caso, se não houver a subtração, deve o agente responder por crime de tentativa de furto qualificado pela destreza; na primeira hipótese, o sujeito responderia apenas pela tentativa, restando excluída a qualificadora da destreza.

h.5) Chave Falsa

Qualifica o crime de furto o fato de a subtração ser cometida mediante o emprego de chave falsa.

Chave falsa é qualquer espécie de gazua (Hungria). Gazua é qualquer ferro com que se pode abrir fechaduras. Abrange todo o instrumento, com ou sem forma de chave, utilizado como dispositivo para abrir fechadura, incluindo gazuas, mixas, arames.

De acordo com parte da doutrina e da jurisprudência, a qualificadora só se justifica quando a chave falsa é utilizada externamente a “res furtiva”, vencendo o agente o obstáculo propositadamente colocado para protegê-la. Deste modo, entende que o uso de

chave falsa diretamente na ignição não qualifica o delito. Cumpre destacar, ainda, que se o agente utilizar a chave falsa para abrir o veículo e na seqüência a empregar na ignição, a qualificadora deve ser subsistir. Por outro lado, se o agente fizer uso da chave verdadeira para a subtração, não haverá a qualificadora em tela, ainda que a tenha obtido de forma ilícita. Neste caso, poderá subsistir a qualificadora da fraude, se esta é claro tiver sido empregada pelo agente para conseguir a chave, não havendo, porém, a majorante da chave falsa.

No entanto, o STJ, atualmente, vem entendendo que a qualificadora subsiste tanto nos casos em que a chave falsa é empregada para abri-lo, bem como utilizada na ignição do veículo.

h.6) Mediante concurso de duas ou mais pessoas

A prática do crime mediante concurso de duas ou mais pessoas também qualifica o delito de furto.

Podem ser apontados dois fundamentos para a qualificadora em questão. De acordo com o primeiro, a qualificadora funda-se na maior dificuldade de defesa da *res*, ou seja, no maior risco ao patrimônio, visto que, formado o concurso de agentes, se reduz a possibilidade de defesa da coisa. Para o segundo, a qualificadora reside na maior periculosidade dos agentes, indicada pelo concurso criminoso.

A partir da adoção de um desses fundamentos, a doutrina e a jurisprudência passam a discutir se seria necessária a presença de, no mínimo, dois concorrentes no local do delito para que existisse a qualificadora.

Cumpre destacar que a questão não se localiza na modalidade do concurso (se co-autoria ou participação), mas na exigência ou não de que, mais de um dos agentes, se encontre no *locus delicti*. Isso porque, como se sabe, o agente que presta fuga (motorista, por exemplo) ao outro punquista, é partícipe do delito, pois autor (ou co-autor) é somente aquele que “subtrai” a *res* (teoria restritiva) ou o que comanda a ação criminosa (teoria do domínio final do fato). Nem por isso, deixará de se reconhecer que o motorista estava no local do crime.

Para parte da doutrina (Hungria e Bitencourt) e o STJ (HC 16140/PA) é imprescindível a presença de mais de um dos agentes no local do delito para que incida a qualificadora em tela. O fundamento da qualificadora, desse modo, consiste na maior dificuldade de defesa da *res*, que só ocorre com a presença de mais de um agente no local

do crime. Ou seja, “seria necessário que ocorresse a cooperação de ambos na subtração da coisa para que fosse aplicada a qualificadora” (REsp 90451/MG, Rel. Ministro Anselmo Santiago, Sexta Turma, julgado em 10.06.1997, DJ 30.06.1997 p. 31090). Afirma-se, ainda, que o CP exige a prática do crime por, pelo menos, duas pessoas. Nesse sentido, só pratica o crime quem realiza o núcleo do tipo penal (autor ou co-autor), havendo, porém, a responsabilização penal (“incide nas penas a ele cominada”) de qualquer pessoa que tenha concorrido para o crime. Inclusive, esta foi a razão do legislador ter inserido a norma de extensão do art. 29. Desse modo, somente haveria a qualificadora quando o furto fosse praticado por, no mínimo duas pessoas, o que pressupõe a presença destes na fase executiva do delito (Hungria, Bitencourt e Weber Batista).

No entanto, predomina o entendimento doutrinário (Fragoso, Damásio, Capez) de que não é imprescindível a presença de mais de um agente no local do crime. Esta também é a posição do STF (HC 70395/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard - DJ 06-05-1994 p. 10469).

De fato, o fundamento para a qualificadora está na maior reprovação social da conduta do agente que se presta a cometer o furto em concurso. Ademais, exigiu o CP que o “crime”, e não a “subtração”, fosse cometido mediante concurso de agentes. Ora, comete o delito não só o que subtrai a coisa, mas também todo aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime, mesmo sem estar presente no local da subtração. Ou seja, é preciso não confundir prática do crime (furto) com prática do núcleo da ação típica (subtração).

Deve-se lembrar que a absolvição do co-réu implica na exclusão da qualificadora, devendo o agente ser condenado por furto simples. No entanto, o fato de ser inimputável, não impede que o co-réu seja computado para a formação do concurso de agentes. Por outro lado, não se faz necessário que os agentes sejam identificados, bastando a prova de que o delito foi cometido por mais de uma pessoa.

Ademais, se um dos agentes for preso em flagrante e o outro conseguir escapar trazendo consigo a *res*, há a consumação do crime de furto para todos, inclusive para o que foi preso em flagrante, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial. É a adoção da teoria unitária (monista ou igualitária), segundo a qual todos os concorrentes devem responder pelo mesmo crime.

Outra questão de relevo refere-se ao fato do reconhecimento da qualificadora de concurso de agentes não impedir a responsabilização destes pelo crime de associação criminosa (art. 288 do CP), segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante. Com efeito, o delito do art. 288 do CP consuma-se com a própria associação e

não com a prática de outra infração penal. Ademais, o furto e a quadrilha são delitos com vítimas distintas e com momentos consumativos diferentes, o que não impede o reconhecimento da qualificadora em exame e também do crime de quadrilha, sendo descabida a alegação de *bis in idem*.

No tocante à majoração na pena provocada pelo concurso de pessoas, Bitencourt e Streck contestam a sua constitucionalidade face à desproporcionalidade da majoração. Argumenta-se que a qualificadora do crime de furto é inconstitucional, pois fere o princípio da proporcionalidade, vez que neste delito (art. 155) a pena é duplicada (passa a ser de reclusão de 2 a 8 anos), enquanto que no roubo (art. 157), o concurso de agentes tão somente conduz ao aumento da pena de um sexto a um terço. Concluem, então, que o concurso de agentes tão-somente pode elevar a pena do crime de furto de um sexto a um terço, ou seja, no mesmo patamar do que ocorre no delito de roubo, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Todavia, essa não é a posição que tem prevalecido na jurisprudência. A propósito, o teor do enunciado da Súmula do STJ, de nº 442, segundo o qual *“é inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de pessoas, a majorante do crime de roubo”*.

h.7) Comunicabilidade das Circunstâncias

Quase todas as circunstâncias qualificadoras previstas no §4º são objetivas, ou seja, dizem respeito aos meios e modos de execução do delito. Reconhece-se que o abuso de confiança é qualificadora de natureza subjetiva, por tratar de qualidade especial entre o agente e a vítima.

Desse modo, as qualificadoras objetivas são comunicáveis ao outro agente, desde que tenham ingressado na sua esfera de conhecimento. Suponha, por exemplo, que “A” e “B” tenham combinado a prática de um furto. Acertam que “A” entrará na residência da vítima, enquanto “B” ficará no carro, do outro lado da rua, para assegurar a fuga. “A” ingressa na residência escalando o muro. Neste caso, “A” responderá por crime de furto qualificado pela escalada. Por sua vez, se tivesse conhecimento que a subtração iria ser realizada com a transposição do muro, “B” também responderia pela qualificadora; caso contrário, somente “A” deveria responder pela referida majorante.

O mesmo ocorreria nas demais circunstâncias do §4º.

i) Transporte de Veículo Automotor (§5º)

Art. 155. [...]

§ 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.

[...]

Veículo automotor é aquele de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico). A definição de veículo automotor, a propósito, consta no Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro.

A qualificadora pressupõe uma subtração anterior (consumação do furto) e, ato contínuo, a transposição da fronteira estadual ou internacional (configuração da qualificadora), havendo, no caso, uma dupla consumação.

A tentativa, em tese, é possível, quando o agente não conseguir o transporte por circunstâncias alheias à sua vontade e existirem elementos suficientes comprobatórios da subtração e que o veículo seria transportado para outro estado ou para o exterior.

j) Furto Privilegiado-Qualificado

Da mesma forma do que ocorre no crime de homicídio, discute-se se seria possível a existência do delito de furto privilegiado-qualificado.

Embora, aparentemente, as circunstâncias sejam compatíveis (por exemplo, é perfeitamente plausível que o agente primário, mediante concurso de pessoas, cometa um furto de coisa de pequeno valor), o STF e o STJ resistiram em admitir a figura em questão.

Recentemente, porém, tanto o STF como o STJ passaram a admitir a figura em questão, por considerar compatíveis as qualificadoras objetivas e privilegiadoras. O entendimento restou, inclusive, sumulado pelo STJ. Confira, a propósito, o teor da Súmula 511 do STJ: *“É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva”*. Assim, à exceção da qualificadora do abuso de confiança (vista como de natureza subjetiva), as demais são compatíveis com o privilégio.

k) Furto Noturno-Privilegiado:

Doutrina e jurisprudência admitem pacificamente a existência da figura delitiva em questão, permitindo a co-existência das circunstâncias descritas no §2º (furto privilegiado) com a causa de aumento do §1º (furto “noturno”).

Neste caso, ambas as circunstâncias incidem na terceira fase de fixação da pena, devendo a causa de aumento (§1º) ser considerada em primeiro lugar, uma vez que a minorante (§2º), conforme entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, deve ser calculada sobre o saldo resultante do aumento ocasionado pela majorante, o que, na prática, traduz um benefício para o réu.

l) Furto Duplamente Qualificado

É possível que, no caso concreto, haja a presença de duas ou mais circunstâncias do §4º (por exemplo, furto praticado mediante concurso de pessoas e com o emprego de chave falsa). Neste caso, apenas uma delas deve ser considerada como qualificadora. As demais deverão ser sopesadas pelo juiz na fixação da pena-base, sendo, portanto, consideradas como circunstâncias judiciais (art. 59 do CP).

m) Furto Qualificado (§4º) – Qualificado (§5º)

Apesar de, em tese, serem compatíveis as circunstâncias do §4º com o §5º, não há como considerá-las em conjunto, vez que ambas constituem qualificadoras, criando novos limites, mínimo e máximo, de pena. Neste caso, somente há que se considerada a qualificadora do §5º. Por sua vez, a circunstância do §4º deve ser levada em conta apenas na fixação da pena-base (circunstância judicial).

n) Outras Qualificadoras

Recentes alterações legislativas, promovidas pelas Leis 13.330/2016 e 13.654/2018, introduziram novas qualificadoras ao crime de furto.

Com efeito, a Lei 13.330/2016 qualificou o delito de furto na chamada situação de abigeato. Assim, “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”.

Já a Lei 13.654/2018 qualificou o furto quando houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum ou se a subtração for de substâncias explosivas

ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. Nesses casos, a pena é de reclusão de 4 a 10 anos.

2. Furto de Coisa Comum (Art. 156)

a) Tipo Penal Fundamental

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 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

[...]

b) Elementos do Crime – Adequação Típica

O tipo penal é formado pelo núcleo (verbo) “subtrair” e pelos elementos “coisa comum” e “para si ou para outrem”.

A coisa, neste delito, diferentemente do que ocorre no delito do art. 155, não é alheia, mas comum, indicando que pertence tanto ao agente quanto à vítima de quem é retirada.

Trata-se de delito próprio, pois o sujeito ativo somente pode ser o condômino, o co-herdeiro ou o sócio da coisa comum.

A subtração deve ser “para si ou para outrem”, elemento subjetivo do tipo que encerra a finalidade especial do agente, consistente no ânimo de assenhoreamento definitivo da coisa alheia (*animus furandi* ou *animus rem sibi habendi*). Neste particular, cabem as mesmas observações feitas em relação ao furto de uso.

c) Momento da Consumação do Delito e Tentativa

Valem as mesmas observações acerca do crime de furto.

d) Ação Penal

Art. 156. [...]

§ 1º Somente se procede mediante representação.

É pública condicionada à representação (condição de procedibilidade da ação penal), a qual deve ser oferecida no prazo de 6 (seis) meses, contados da data da ciência da autoria do fato, pela vítima, seu representante legal, ou sucessores, conforme o caso, sob pena de decadência, e, conseqüente, extinção da punibilidade.

e) Causa de Exclusão do Crime

Art. 156. [...]

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

Apesar de, aparentemente, indicar ser causa de isenção de pena (extinção da culpabilidade ou da punibilidade), a circunstância em questão exclui o próprio crime, pois o CP previu que fato “não é punível”. E “fato impunível” em direito penal é fato lícito (Damásio).

Trata-se, portanto, de causa de exclusão da ilicitude, afastando o próprio crime.

Para a sua presença, são necessários dois requisitos: 1) que a coisa comum seja fungível; 2) que seu valor não exceda a quota a que tem direito o agente.

Ausente uma dessas condições, haverá o crime de furto de coisa comum.

3. Roubo (Art. 157)

a) Tipo Penal Fundamental

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 4 (quatro) a 10 (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.

[...]

b) Elementos do Crime – Adequação Típica

A subtração, neste delito, diversamente do que ocorre no crime de furto, é obtida mediante violência ou grave ameaça à pessoa ou por qualquer meio que reduza à impossibilidade de resistência. É esta a diferença básica entre furto e roubo: os meios empregados na subtração. No furto, não há o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa; por outro lado, no delito de roubo, há a utilização desses meios.

A violência (*vis*), que constitui o crime de roubo, pode ser física (*vis absoluta*) ou moral (*vis compulsiva*, grave ameaça), própria (emprego da *vis absoluta* ou da *compulsiva*) ou imprópria (configurada na expressão “por qualquer meio” que reduza à impossibilidade de defesa da vítima).

A violência física consiste no emprego de lesões corporais (ou de vias de fato), as quais ficam absorvidas pelo roubo (por serem crime meio da subtração). A *vis absoluta* deve ser empregada contra a pessoa, não configurando o roubo a violência exercida contra a coisa, que poderá qualificar o crime de furto ou mesmo configurar autonomamente o delito de dano, conforme o caso.

Nesse contexto, discute-se se a popular “trombada” configuraria o crime de roubo ou de furto. A questão deve ser analisada diante do caso concreto e de acordo com a intensidade da “trombada”. Assim, se esta tiver sido empregada com a mera intenção de distrair a vítima para a realização da subtração, sem que seja capaz de lesioná-la, o agente deverá responder pelo furto. No entanto, se a “trombada” tiver sido apta a produzir lesões, ainda que mínimas, na vítima, reduzindo ou paralisando seus movimentos para a consecução da subtração, configurado estará o crime de roubo.

Há, ainda, a hipótese do “arrebato de inopino da *res*” que se encontra presa ao corpo da vítima. Neste caso, a solução dependerá sobre quem foi exercida a violência. Assim, se, no arrebato, o agente lesionou a vítima, a qual, a par da lesão, teve a sua

defesa reduzida, o crime será de roubo. Por outro lado, se a violência foi exercida sobre a coisa e não sobre a vítima, a qual não se lesionou, há de se reconhecer o delito de furto.

Por sua vez, a *vis compulsiva* consiste na promessa da prática de mal grave e iminente, que incute na vítima um temor que a impeça de reagir ao ataque do agente. Não se trata, assim, de uma mera ameaça à vítima, mas na promessa de um mal, imediato, que impeça a vítima de oferecer defesa à subtração.

A violência imprópria consiste no emprego pelo legislador da frase “*por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência*”. Cuida-se de meio que tenha impossibilitado a vítima de exercer a sua capacidade de resistência à subtração, tais como a embriaguez, o uso de narcótico, hipnotismo, soníferos, trancar a vítima no banheiro por breve período até a subtração, libertando-a logo em seguida, etc. Nesta parte, a figura prevista no art. 157, embora seja um crime doloso, trata-se de tipo penal aberto, cabendo ao juiz avaliar, no caso concreto, se o meio empregado, mesmo não sendo violento (*vis absoluta ou compulsiva*), impossibilitou a vítima de exercer a sua capacidade de resistência à subtração.

Nucci sustenta que a *vis* imprópria é, na verdade, a violência presumida prevista nas hipóteses do art. 224 do CP. Ousamos divergir. De fato, a redação do *caput* do art. 157, a nosso ver, nos permite concluir que a vítima, antes do emprego da *vis* imprópria, possuía capacidade de resistência, a qual restou impossibilitada de ser exercida com a atuação do agente. Com efeito, o artigo contém a expressão “ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. Nesse contexto, imaginem ter o agente subtraído, sem o emprego de violência ou grave ameaça, uma bicicleta de uma criança de 10 anos de idade. A prevalecer o entendimento defendido por Nucci, ter-se-ia um crime de roubo, pois seria presumida a violência, nos termos do revogado art. 224, alínea “c”, do CP. Em nossa opinião, todavia, a conduta em questão configuraria o delito de furto (a circunstância de ser a vítima uma criança deve ser considerada pelo juiz na aplicação da pena), pois, em nenhum, momento, o agente reduziu a vítima à impossibilidade de resistência. Faltaria, deste modo, a presença da elementar “depois de havê-la”. Portanto, a nosso juízo, a *vis* imprópria não pode ser equiparada à violência presumida, pois pressupõe, necessariamente, uma conduta anterior do agente que tenha levado a vítima à impossibilidade de defesa do seu patrimônio.

Os demais elementos do tipo (“coisa”, “móvel”, “alheia”, “para si ou para outrem”) são idênticos aos do furto (v. crime de furto).

O roubo é um crime complexo (pluriofensivo), pois a sua prática ofende a mais de um bem jurídico tutelado. Com efeito, o delito protege precipuamente o patrimônio, mas também a vida, a integridade física e a liberdade da vítima.

Por essa razão, tem se repellido, na doutrina e na jurisprudência, a possibilidade de reconhecimento da figura do “roubo de uso” e do princípio da insignificância, vez que, ainda que não tenha existido lesão ao patrimônio (roubo de uso) ou tenha sido ínfima (princípio da insignificância), a ofensa à pessoa já se consumou, devendo o agente responder pelo delito. Afirma-se, nesse caso, que o crime-meio impede o surgimento da indiferença penal da conduta do agente.

Conforme decidido pelo STJ, *“não há como aplicar, aos crimes de roubo, o princípio da insignificância - causa supralegal de exclusão de ilicitude -, pois, tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão”* (HC 37.423/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.02.2005, DJ 14.03.2005 p. 396).

c) Roubo Próprio (*Caput*) e Impróprio (§1º)

Reconhecem-se duas modalidades de roubo: o próprio, figura prevista no *caput* do art. 157, e o impróprio, disposto no §1º. Ambas recebem a mesma sanção penal, todavia distinguem-se em relação:

1) ao momento do emprego da violência ou da grave ameaça. No roubo próprio, a *vis* é exercida antes ou durante a subtração, ou seja, é empregada para que o agente consiga a posse da *res*. Por outro lado, no roubo impróprio, a violência (moral ou física) é utilizada logo após a subtração, com o fim de garantir a impunidade do crime ou a detenção da coisa, isto é, a *vis* é utilizada para assegurar a posse da *res*.

2) aos meios de cometimento do delito. No roubo próprio, permite-se o emprego da violência própria (violência e grave ameaça) e da imprópria (outro meio que impossibilite a vítima de exercer a sua capacidade de resistência). A seu turno, no roubo impróprio, só se admite a utilização da *vis* própria (entendimento dominante).

3) ao momento consumativo (vide, a seguir, as alíneas “d” e “e”).

4) à possibilidade de tentativa. (vide, a seguir, as alíneas “d” e “e”).

d) Roubo Próprio – Consumação e Tentativa

O crime de roubo próprio, de acordo com o atual entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência consoma-se com a inversão da posse da *res*. É a adoção da teoria da *amotio* (ou *aprehensio*).

Desse modo, deixou de ser requisito à consumação do delito a posse tranqüila da *res* (teoria da *ablatio*), ou, mesmo a saída da coisa da esfera de disponibilidade da vítima.

Sobre o tema, consulte as observações feitas quanto ao momento consumativo do crime de furto. Aliás, o teor da Súmula 582 do STJ: “*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.*”

É cabível a tentativa no roubo próprio, quando o agente, empregada a *vis*, não consegue subtrair a *res*, por circunstância alheias à sua vontade.

Cumpram destacar que, diversamente do que ocorre no crime de furto, o delito de roubo não admite a figura do crime impossível nas hipóteses de ausência do objeto do crime (v. observações sobre crime impossível expendidas no delito de furto). Isso porque o delito de roubo é crime complexo, isto é “*crime que, embora juridicamente uno, apresenta na sua estrutura como essentialia ou circunstâncias qualificativas, em relação de meio a fim, fatos vários, que, em si mesmos, constituem crimes. No seu tipo fundamental, o roubo encerra, fundidos em unidade jurídica, o furto (que é o crime-fim), o constrangimento ilegal e a lesão corporal leve (ou a contravenção de vias de fato, que, por sua vez, é absorvida pelo constrangimento ilegal), chamados crimes famulativos*” (Hungria). E, nesses crimes, consumado o crime-meio, é de se reconhecer a tentativa, sendo irrelevante a discussão acerca da impropriedade ou não do objeto material da subtração, para fins de caracterização da tentativa.

e) Roubo Impróprio – Consumação e Tentativa

O roubo impróprio consoma-se com a violência (ou grave ameaça) empregada logo após a subtração, com a finalidade especial (elemento subjetivo do tipo) de assegurar a detenção da coisa ou a impunidade do crime.

Cumpram destacar que impunidade do crime não se confunde com impunidade do agente. Assim, se o agente, dias depois da subtração (ocorrida sem violência ou grave ameaça), com a intenção de garantir a sua impunidade, passar a ameaçar uma testemunha do delito, deverá responder por dois delitos: furto, referente à subtração, e outro crime

relativo à pessoa da testemunha (por exemplo, ameaça), não havendo no que se falar em roubo impróprio.

A seu turno, a tentativa é inadmissível no roubo impróprio, de acordo com o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência. Portanto, se o agente empregar a violência (ou a grave ameaça), consumará o crime de roubo; caso desista do emprego da *vis*, só restará configurado o delito de furto. E o crime estará consumado ainda que a vítima venha a resistir, logo após o emprego da violência ou grave ameaça, e consiga manter-se na posse do bem.

e) Roubo Circunstanciado (§2º)

Art.157 - [...]

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

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma (redação anterior à Lei 13.654/2018);

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.

[...]

Apesar de constituírem a figura conhecida como “roubo qualificado”, as causas previstas no §2º do art. 157 são, na verdade, causas de aumento de pena e não um tipo qualificado, pois, no aludido dispositivo, não há previsão de pena mínima e máxima para o delito, mas somente de majoração da pena de um terço até a metade.

Portanto, preferimos o emprego da denominação “roubo circunstanciado”, expressão mais técnica e, igualmente, conhecida no meio forense, do que “roubo qualificado”.

É importante frisar que as causas em destaque aumentam tanto a pena do roubo próprio como a do roubo impróprio.

Além disso, se houver a presença de mais de uma circunstância (o chamado roubo “duplamente qualificado”), discute-se se o número de circunstâncias pode ser empregado como critério para a fixação do *quantum* do aumento de pena (um terço até a metade), o chamado critério progressivo ou aritmético. Este critério, por ferir o princípio da individualização da pena, foi repellido na jurisprudência, vindo o STJ, inclusive, a editar a Súmula 443, segundo a qual “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”.

e.1) Emprego de Arma (redação anterior à Lei nº 13.654/2018)

A primeira causa de aumento de pena referia-se ao emprego de arma. Esta tanto pode ser própria, ou seja, aquela fabricada especificamente para o ataque e para a defesa (ex: revólver, fuzil, etc.); como imprópria, que não é fabricada para esse fim, mas capaz de ofender a integridade física (ex: facão, faca de cozinha, barra de ferro, etc.).

Doutrinariamente, apontavam-se dois fundamentos para a “qualificadora” em questão. Para o primeiro a majorante existe face ao maior poder de intimidação ocasionado pelo emprego da arma, fato que reduz a capacidade de resistência da vítima para defender seu patrimônio (entendimento atualmente minoritário). Assim, exige-se apenas que a arma seja apta a embutir na vítima certo temor, pela suposição de que a arma é verdadeira.

Por sua vez, para a segunda corrente (entendimento majoritário) a razão desta causa de aumento de pena é o perigo real que há para a vida da vítima, quando o roubo é cometido mediante o emprego de arma. Deste modo, a utilização da arma de brinquedo ou absolutamente defeituosa, mas capaz de atemorizar a vítima, seria penalmente relevante apenas para caracterizar o crime de roubo (grave ameaça), não tendo forças, porém, para aumentar a pena do roubo, em respeito à proibição do *bis in idem*.

De fato, a aplicação de um dos fundamentos é fator decisivo na solução de casos ocorridos na prática forense.

Pois bem, uma das questões que mais atormentou os tribunais pátrios foi se o emprego de arma de brinquedo, com a conseqüente subtração, configuraria a causa de aumento de pena do inciso I do §2º do art. 157.

Sob a égide da Súmula 174, o STJ entendia que o fundamento desta circunstância era o maior poder de intimidação causado pelo emprego da arma. Assim, pouco importava que a subtração tivesse sido tentada por meio de arma de verdade ou de brinquedo, quando a vítima não tivesse condições de verificar as condições da arma (se verdadeira ou de brinquedo). Era a inteligência da mencionada Súmula: “*No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena*”.

Igual solução havia nos casos de simulação e de arma (ainda que verdadeira) desmuniada.

A doutrina, em sua grande maioria, jamais se curvou à Súmula 174, sempre destinando pesadas críticas ao verbete. De fato, “arma de brinquedo” ou qualquer outro simulacro não podem ser configurar a majorante simplesmente pelo fato de não serem

armas. Ora, o conceito de arma não pode ser estendido a instrumentos que não oferecem a mínima lesividade à vida ou à integridade física da vítima.

Nesse contexto, a Súmula foi cancelada, no julgamento do REsp nº 213.054/SP, em 24 de outubro de 2001. A partir, de então, passou o STJ a entender que o fundamento para a causa de aumento de pena em tela é o perigo real que o emprego de arma traz para a vida da vítima. Portanto, a arma deve ser idônea, pois só assim trará um perigo real a vida da vítima. Esse é o entendimento, atualmente, predominante, nos tribunais (v. STF – HC 70534/RJ – HC 69515/RJ – HC 71051/MG; STJ – REsp 442.075/RS – REsp 323.410/SP).

Pela mesma razão, o emprego de arma desmuniada ou defeituosa não pode ensejar o aumento de pena (REsp 434.766/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 07.10.2004, DJ 22.11.2004 p. 395). No mesmo sentido: STJ - HC 166471/SP; HC 173032/SP. Ressalte-se que o defeito da arma deve torná-la absolutamente inidônea, pois, caso contrário, haverá a incidência da circunstância.

Desta forma, é conveniente que se faça a apreensão e exame pericial na arma para atestar a sua aptidão.

Aqui reside outra discussão de extrema relevância, no sentido de ser ou não imprescindível a apreensão da arma e realização de perícia para atestar a sua potencialidade lesiva. A posição plenária do STF e da 3ª Seção do STJ inclinou-se pela prescindibilidade da apreensão e da perícia, quando por outros meios, inclusive por testemunhas e pelas declarações da vítima, for possível atestar a potencialidade lesiva da arma.

De fato, em nossa visão, não se mostra razoável concluir pela potencialidade lesiva da arma tão somente pela palavra da vítima ou depoimento de testemunhas, quando não houve disparos. Ora, se a vítima ou a testemunha sequer podem confirmar se a arma estava ou não muniada, como suas declarações, sem que tenha havido disparos, podem atestar a sua potencialidade lesiva?

Importante lembrar, ainda, que, em sendo apreendida a arma, torna-se imprescindível a realização da perícia, a fim de que a majorante seja considerada.

A “qualificadora” restará caracterizada ainda que o agente não retire a arma da cintura, desde que o porte tenha sido ostensivo, criando um perigo real para a vida da vítima, como também lhe embutido um maior poder de intimidação.

A situação, entretanto, após a Lei nº 13.654/2018, foi modificada. Com efeito, referida lei revogou a majorante prevista no inciso I do §2º do artigo 157, criando outra majorante no §2º-A, restrita ao emprego de arma de fogo.

Assim, o emprego das chamadas “armas brancas”, como faca, por exemplo, não mais configura aumento de pena no crime de roubo. A jurisprudência vem admitindo, contudo, que o emprego da arma imprópria seja levado em conta como circunstância judicial desfavorável (circunstâncias do crime) para aumentar a pena-base (primeira fase de aplicação da pena).

e.2) Concurso de Agentes: vide as observações acerca do crime de furto.

e.3) Vítima em serviço de transporte de valores

A causa de aumento só incide na presença destes dois requisitos: - a vítima deve estar em “serviço de transporte de valores”, fato que exclui a causa de aumento quando os valores pertencem à própria vítima (ex: motorista de táxi); e - o agente deve conhecer tal circunstância.

e.4) Subtração de veículo automotor outro estado ou para o exterior: vide as observações acerca do crime de furto.

e.5) Restrição da Liberdade da Vítima

O roubo, neste caso, é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima. Esta privação deve ser breve e utilizada apenas para que o agente consiga a subtração. Assim, se a restrição da liberdade permanecer mesmo após a subtração, ou por tempo superior ao necessário a obtenção desta, há concurso de crimes, devendo o agente responder pelo roubo, com a pena aumentada, em concurso material com o delito de seqüestro (art. 148 do CP).

Por outro lado, reconhece-se que a privação, por curto prazo, pode ser consequência natural da própria consolidação da posse sobre a *res furtiva* (Moura Teles) e, nesse caso, o agente responderá pelo crime de roubo com a causa de aumento de pena.

Aparentemente, a vontade do legislador, ao criar a causa de aumento de pena, foi alcançar os casos conhecidos como “seqüestro relâmpago”, em que o agente, mediante violência ou grave ameaça, obriga a vítima a realizar saques em sua conta-corrente.

Bitencourt sustenta que os casos de “seqüestro relâmpago”, nos quais a vítima é colocada em porta-malas de veículos, pelas mãos de marginais perigosos, que percorrem horas a fio os mais variados bairros da cidade, exigindo-lhe mais bens ou valores, às vezes violando-a sexualmente, configura crime mais grave que a simples majorante da restrição da liberdade, sendo o caso de responsabilizar os agentes pelo crime mais grave, qual seja o de extorsão mediante seqüestro, restando absorvidas as demais figuras delitivas, eis que não passam de mero detalhe acidental ou circunstancial do evento.

Ousamos discordar do mestre. A nosso ver, o “seqüestro relâmpago”, entendido como aquele em que o agente, mediante violência ou grave ameaça, obriga a vítima a realizar saques em sua conta-corrente configura, *a priori*, o crime de extorsão (vide observações sobre a diferença entre roubo e extorsão). Não se pode olvidar, entretanto, que, atualmente, face às limitações impostas pelos bancos aos saques em terminais eletrônicos, houve um *plus* nestas ações criminosas, pois os agentes passaram, também, a subtrair outros pertences da vítima. Nestas hipóteses, em nosso entendimento, ele estará cometendo roubo em concurso material com extorsão. Este, inclusive, é o entendimento atual do STJ.

Aliás, a situação não se alterou com a Lei nº 11.923/2009, que criou o chamado “seqüestro relâmpago” (conforme ementa da norma), porquanto o legislador o inseriu como figura qualificadora do crime de extorsão, acrescentando o §3º ao art. 158. Ou seja, atualmente, é possível reconhecer o concurso de crimes na hipótese prevista no parágrafo anterior, respondendo o agente pelos delitos de roubo e de extorsão qualificada pela restrição de liberdade (§3º do art. 158).

E é cabível, conforme o caso, que se apliquem tanto a causa de aumento de pena do crime de roubo, prevista no inciso V do §2º do art. 157, quanto a qualificadora do §3º do art. 158, se a restrição da liberdade foi empregada em ambos os delitos.

Por fim, se a restrição da liberdade ocorrer por tempo considerável, superior ao necessário para a obtenção do objetivo inicial do agente, aí sim será cabível falar em extorsão mediante seqüestro. Esse período considerável, porém, deve ser analisado detidamente em cada caso. Por certo, trata-se de lapso inferior a 24 horas, pois este prazo, inclusive, qualifica a extorsão mediante seqüestro, não podendo servi-la para caracterizá-la.

f) Roubo Circunstanciado (§2º-A)

§ 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

(Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

[...]

A Lei nº 13.654/2018 criou novo aumento de pena (em 2/3) em virtude de duas circunstâncias: emprego de arma de fogo e quando há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

A subtração, mediante emprego de arma de fogo, passou a ter um percentual de aumento de pena maior (2/3) do que o anteriormente previsto (1/3 a 1/2).

Conforme se viu anteriormente, o fundamento para a presença da majorante é o perigo real para a vida da vítima, sendo, contudo, dispensável a apreensão da arma e a realização de perícia, quando os outros meios atestarem a potencialidade lesiva do artefato, como a palavra da vítima, por exemplo. Ressaltou-se, porém, que, em havendo a apreensão da arma, a majorante só poderá ser reconhecida com a realização da perícia. E se esta, por exemplo, atestar a total impossibilidade de funcionamento da arma, a causa de aumento não será reconhecida.

O emprego da arma poderá, de acordo com o caso concreto, configurar o delito de porte ilegal, previsto no art. 14 (arma de fogo de uso permitido) ou no art. 16 (uso restrito) da Lei nº 10.826/2003. Inclusive, há concurso material de crimes quando o agente não adquiriu a arma especificamente para a prática do delito de roubo (fato que absorveria o crime de porte ilegal de arma – ato preparatório para o crime de roubo), vez que os delitos se consumaram em momentos distintos atingindo vítimas diversas. (TJDF - APR 2001.09.1.006595-5).

Atualmente, não se faz mais presente a discussão acerca da possibilidade do agente responder pelo crime de uso de arma de brinquedo (art. 10, §1º, II, da Lei nº 9.437/97) em concurso com roubo, em virtude daquele malfadado delito não ter sido previsto na Lei nº 10.806/2003, que revogou integralmente a Lei nº 9.437/97. No entanto, mesmo sob a vigência da Lei nº 9.437/97, predominava o entendimento de que não havia concurso de crimes, pois o uso da arma de brinquedo já servira para caracterizar a grave ameaça, elementar do crime de roubo, o que vedava a sua admissão como tipo autônomo de uso de arma de brinquedo, em virtude do princípio *ne bis in idem*.

Por fim, cumpre destacar que, se o roubo for cometido por associação criminosa, os envolvidos devem responder por ambos os crimes, roubo e associação criminosa, em concurso material, e nas formas “qualificadas” (art. 157, §2º, I e art. 288, parágrafo único, do CP). Isto porque os delitos se consumam em momentos distintos, atingindo vítimas diversas, o que torna correta a adoção do cúmulo material (STF - HC 76213/GO).

g) Roubo Qualificado Pelo Resultado (§3º)

Art.157 - [...]

§ 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.

(Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

O §3º, acima descrito, contém duas circunstâncias que qualificam o delito, em razão do resultado, tratando-se de crimes qualificados pelo resultado.

As figuras aplicam-se tanto ao roubo próprio como ao impróprio.

Incidindo o agente no §3º do art. 157 e havendo a presença concomitante das circunstâncias do §2º, o juiz deverá considerar estas últimas apenas na fixação da pena-base, não as aplicando como causa de aumento de pena.

Os resultados que qualificam o crime de roubo são a lesão grave, prevista no art. 129, §§1º e 2º, do CP, e a morte.

O resultado qualificador pode advir a título de dolo (crime qualificado pelo resultado em sentido estrito), direto ou eventual, ou mesmo de culpa do agente (crime preterdoloso). Por outro lado, não se permite a responsabilização pelo resultado qualificador se para este o agente não atuou com dolo ou culpa, conforme dispõe o art.19 do CP, sob pena de responsabilidade penal objetiva, abolida após a reforma de 1984.

Em observância à tipicidade estrita, vê-se que o resultado, face à literalidade da redação do §3º (“se da violência resulta”), deve surgir da violência (*vis absoluta*) empregada, não incidindo a qualificadora caso a lesão grave ou a morte decorram da grave ameaça (*vis compulsiva*) ou da violência imprópria (“qualquer outro meio”). Nestas hipóteses, o agente deve responder por dois crimes: roubo em concurso com homicídio (culposo ou doloso) ou lesão (grave ou culposa), conforme tenha atuado com dolo ou culpa em relação ao resultado.

Ademais, a violência deve ter sido empregada para garantir a subtração (roubo próprio) ou assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa (roubo impróprio). Inexistente essas finalidades, há concurso de crimes (roubo e o respectivo crime contra a pessoa).

É possível que a vítima patrimonial seja pessoa diversa da que sofre a violência, e, mesmo assim, o delito permanecerá. Inclusive, há de se considerar a qualificadora no caso de um dos agentes do crime ter sido morto por um comparsa em virtude de erro na execução (*aberratio ictus*), pois, de acordo com o art. 73 do CP, consideram-se as condições da vítima “virtual”, a pessoa contra quem era dirigido o ato.

Por outro lado, fora da hipótese de erro de tipo acidental, a morte de co-autor não caracteriza o latrocínio, “já que inexistente a relação de causalidade do evento com o objetivo dos autores” (RT 629/308, 641/313, 702/324). Na doutrina, é a posição de Mirabete e Bitencourt, com a qual concordamos.

Em caso de concurso de agentes, todos respondem pelo resultado, se o roubo foi cometido com emprego de arma, pois assumiram, no mínimo, o risco de produzir o resultado (lesão grave ou morte). Neste caso, exige-se apenas que o acusado tenha se colocado na situação de autor (co-autor) ou participe de um crime de roubo armado.

É o entendimento atual do STJ. A propósito, confira as seguintes decisões: HC 35895/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02.09.2004, DJ 04.10.2004 p. 334; REsp 418.183/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03.06.2003, DJ 04.08.2003 p. 362; HC 31.169/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 16.12.2004, DJ 06.02.2006 p. 330.

Veja que, no HC 27152/MG (Rel. Min. Félix Fischer, DJ 30.06.2003 p. 279), o STJ entendeu haver crime de latrocínio na hipótese em que os réus, praticando atos com o intuito de garantir a consumação do delito de roubo, se envolveram, no desdobramento causal da ação criminosa, em acidente automobilístico, do qual resultou a morte da vítima. Ou seja, reconhece-se até mesmo a figura preterdolosa (culpa no resultado) neste delito.

No crime de latrocínio, havendo uma única subtração patrimonial, com dois resultados qualificadores (morte), há concurso formal impróprio (artigo 70, parte final, do Código Penal). Nesse sentido: STJ - HC 134775/PE; HC 56961/PR e HC 33.618/SP. Em sentido contrário, reconhecendo, no caso, uma única infração, devendo o número de mortes ser considerado na fixação da pena-base: STF - HC 71267; STJ - HC 86005/SP.

O crime consuma-se com o resultado qualificador (lesão grave ou morte), ainda que o agente não consiga a subtração. É a inteligência da Súmula 610 do STF: “*Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima*”. Por outro lado, havendo a subtração, mas não o resultado qualificador, o agente deverá responder por tentativa de roubo qualificado (art. 157, §3º c/c art. 14, II, CP).

O STF, no entanto, em recentes decisões, vem repelindo a possibilidade de tentativa de latrocínio, ora se posicionado pela responsabilização do agente pelo crime de roubo qualificado pela lesão grave (art. 157, §3º, primeira parte, do CP), se existente este resultado (RHC 94775/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07/04/2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009), ora concluindo pela existência, em casos tais, de dois crimes autônomos, homicídio e roubo (HC 91585, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008).

É certo que a tentativa não será admitida, quando o crime for preterdoloso, hipótese em que o resultado qualificador advém a título de culpa.

O roubo qualificado pelo resultado morte constitui a figura conhecida por latrocínio, crime hediondo (art. 1º, II, da Lei nº 8.072/90). A morte, como já visto anteriormente, pode ter derivado de dolo ou culpa do agente. Nos dois casos (dolo ou culpa), o delito será o latrocínio.

Por fim, cumpre ressaltar que o art. 9º da Lei nº 8.072/90, que determina acréscimo de metade da pena, respeitado o limite superior de 30 anos, quando a vítima estiver em uma das situações do art. 224 do CP, com a revogação deste artigo pela Lei nº 12.015/2009, restou inaplicável.

h) Questões Diversas

g.1) **Animus necandi e posterior furto**: se o agente desejava matar a vítima e posteriormente ao assassinato veio a subtrair seus bens, haverá concurso material de crimes, homicídio e furto, não havendo no que se falar em latrocínio.

g.2) **Concurso de crimes ou delito único**

(1) **Assalto a várias pessoas com mais de uma subtração**: no caso de em um só contexto (bancos, supermercados, etc), o agente vir a subtrair bens de várias

pessoas, haverá tantos crimes, em concurso formal próprio (perfeito), quantas vítimas forem lesadas. Nesse caso, fala-se em unidade de ação dividida em vários atos, o que caracteriza o concurso formal e não o material (várias ações) ou o crime continuado (exigência de um intervalo temporal). Nesse sentido: STJ- REsp 723.568/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 31.08.2005, DJ 14.11.2005 p. 412; REsp 662.999/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ 21.02.2005 p. 224; REsp 476349/RN, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 03.06.2003, DJ 04.08.2003 p. 467 – TJDF: 20030910041883APR, Relator Sérgio Bittencourt, 1ª Turma Criminal, julgado em 05/05/2005, DJ 14/09/2005 p. 113; 20020510000870APR, Relator Lecir Manoel da Luz, 1ª Turma Criminal, julgado em 02/10/2003, DJ 05/11/2003 p. 57; 20010610043629APR, Relator Waldir Leôncio Junior, 1ª Turma Criminal, julgado em 19/09/2002, DJ 12/02/2003 p. 63. Conforme decidido pelo STJ, em feito análogo, os agentes, *“mediante uma única conduta, subtraíram dinheiro de duas vítimas distintas, dirigindo ameaças a cada uma delas, sendo desimportante que fossem pessoas integrantes de um mesmo núcleo familiar. A ação dos agentes desdobrou-se contra duas pessoas, no cometimento de dois crimes idênticos, que atingiram objetividades jurídicas diversas (patrimônio, liberdade e integridade física) de ambas as vítimas, individualmente”* (RvCr 717/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 14.09.2005 p. 189). Ressalte-se que, em tese, havendo unidade de desígnios, é possível a aplicação do concurso formal imperfeito, devendo ser as penas somadas. Todavia, a aplicação das penas cumuladas levaria a uma situação de desproporcionalidade, pois as penas seriam muito elevadas.

(2) Assalto a várias pessoas com uma única subtração: há um único crime de roubo, pois só houve uma subtração.

(3) Ameaça a uma única pessoa que traz consigo bens pertencentes a outras pessoas: havendo a subtração de todos os bens, entende-se que há crime único, pois, segundo a doutrina, o que se tutela é a posse. Na verdade, o agente deve responder por um único crime, pois seu dolo (vontade e consciência) era subtrair bens pertencentes à vítima. No HC 18321/RJ, o STJ entendeu haver

crime único no roubo cometido contra instituição securitária, que abriga valores de diversos clientes, em cofres, e não concurso formal, em virtude de a guarda de valores estar confiada apenas à pessoa jurídica (Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27.11.2001, DJ 25.02.2002 p. 420). Assim, suponha que o sujeito, mediante grave ameaça, exercida com emprego de arma de fogo, subtraia bens da vítima e de seus patrões que trazia consigo. Há crime único. Considera-se, que a vítima do crime foi apenas aquela contra a qual foi exercida a grave ameaça. Para que ocorra o concurso formal em casos tais é preciso ao menos duas vítimas presentes na cena do crime. Nesse sentido: 20020810005142APR, Relator Edson Alfredo Smaniotto, 1ª Turma Criminal, julgado em 29/04/2004, DJ 23/06/2004 p. 56.

O TJRS (RJTJERGS 190/659), no caso de assalto cometido contra empregados de empresa de ônibus, tendo sido subtraído também bens de propriedade dessa empresa, somente admitiu a caracterização de crimes de roubo contra as pessoas físicas contra as quais foi empregada a *vis*. Considerou ser inadmissível o delito contra a empresa, face à impossibilidade do uso de violência ou grave ameaça à pessoa jurídica. Em outra oportunidade, porém, de forma acertada, considerou o TJRS que “subtraídos bens pessoais de funcionários do banco, que claramente se distinguem do dinheiro tomado do estabelecimento, o propósito do agente e de seus comparsas ficou claramente evidenciado, ao ampliar-se a cobiça, pouco importando que o desígnio inicial fosse assaltar o banco. Quem assim age, em única ação, desdobrada em vários atos, pratica diversos crimes, consubstanciando-se o concurso ideal” (RJTJERGS 202/177).

De fato, a nosso ver, não deve ser reconhecido crime único quando o agente tinha conhecimento de que os bens subtraídos não pertenciam somente à pessoa que os trazia consigo. Nestes casos, em nosso entendimento, seria correto aplicar o concurso formal de crimes. A propósito, no julgamento do RHC 16.192/SP (Rel. Ministro Paulo Medina, DJ 14.03.2005 p. 425), o STJ foi ainda mais rigoroso, não dando provimento ao recurso interposto contra decisão que concluía pela configuração do concurso formal impróprio, face à constatação de autonomia de desígnios, por conhecer o agente a diversa titularidade dos bens jurídicos lesados e desejar ambos os resultados.

(4) **Subtração dividida:** o agente que, no mesmo contexto, ante a impossibilidade de levar consigo todos os objetos, imobiliza as vítimas, retornando ao local do

crime para terminar a subtração, deve responder por crime consumado, ainda seja preso antes de conseguir a subtração de todos os objetos.

(5) **Roubo e associação criminosa:** da mesma forma do que ocorre no furto, tem-se reconhecido a possibilidade de concurso entre o delito de roubo, majorado pelo concurso de agentes, e o de quadrilha. Afirma-se que o “delito tipificado no artigo 288 do Código Penal e aqueles outros que a quadrilha venha a praticar são autônomos, até porque aquele se aperfeiçoa e é punível independentemente da prática de crimes subsequentes da quadrilha, pelos quais respondem especialmente os seus agentes e, não, o bando todo” (HC 31.687/MS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 17.02.2005, DJ 25.04.2005 p. 365). Nesse sentido: RHC 14.152/MS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 03.05.2005, DJ 06.02.2006 p. 310; HC 29.400/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15.09.2005, DJ 10.10.2005 p. 398. O STF possui o mesmo entendimento, admitindo a possibilidade de concurso entre os referidos delitos: HC 84669/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 17-06-2005 p. 007; HC 76.213, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.04.1998.

Contudo, há decisões em contrário, no sentido da impossibilidade de cumulação: STF - HC 65717/SP – Rel. Min. Octavio Gallotti - DJ 24-06-1988 p.-16113.

3. Extorsão (Art. 158)

a) Tipo Penal Fundamental

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 de fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

[...]

b) Elementos do Crime – Adequação Típica

Neste delito, o agente tem a finalidade especial de obter, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica. Se a vantagem buscada pelo sujeito for devida, haverá o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP), sem prejuízo do delito relativo à pessoa (lesão corporal ou homicídio). Se não for econômica a vantagem, o crime será de constrangimento ilegal (art. 146 do CP).

A conduta do sujeito é dirigida a obrigar a vítima a: - fazer (ação); - não fazer (omissão); ou - tolerar que se faça (permissão).

Para tanto, o agente utiliza-se de violência ou de grave ameaça. A chantagem caracteriza a *vis compulsiva*. Assim, a ameaça de divulgação de segredo que possa atentar à honra da vítima, bem como de delação à polícia, por exemplo, configurará a violência moral, havendo crime de extorsão.

Sobre os meios de cometimento do crime, vide as observações acerca do crime de roubo.

Não se admite, outrossim, a utilização da violência imprópria (“qualquer outro meio”) para a configuração deste delito, como ocorre no roubo, já que o CP se limitou a *vis própria* (violência ou grave ameaça).

c) Momento da Consumação do Delito

Predomina o entendimento de que o delito se consuma com o constrangimento, efetivado com o emprego da violência ou da grave ameaça, obrigando a vítima a fazer, não fazer ou tolerar que se faça, independentemente da obtenção da vantagem. Configura-se a extorsão quando realizados os elementos do tipo penal respectivo, quais sejam: "(...) a) emprego de violência física ou moral (grave ameaça); b) coação, daí resultante, a fazer, tolerar ou omitir alguma coisa; c) intenção de obter, para si ou para outrem, indevida

vantagem econômica" (Hungria). É a inteligência da Súmula 96 do STJ: "*O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida*".

Há posição minoritária, na doutrina e na jurisprudência, que exige a efetiva obtenção da vantagem pelo agente, para que exista a consumação do delito.

De fato, o núcleo do tipo de extorsão é o verbo "constranger" e não "obter", o que indica estarem reunidos todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I, CP), quando o agente pratica o constrangimento, com o emprego da *vis*, com a intenção de obter indevida vantagem econômica, ainda que não a consiga, obrigando a vítima a fazer, não fazer ou tolerar que se faça.

Desse modo, o crime de extorsão é formal, de consumação antecipada, pois esta ocorre com a conduta do agente, ainda que este não alcance o fim desejado.

Questão interessante houve no julgamento do REsp 303.792/RS (STJ). No caso, houve simulação de seqüestro perpetrada pela suposta vítima seqüestrada e o seqüestrador. Ambos passaram a exigir da vítima patrimonial pagamento como condição para o término do falso "seqüestro". Chegou-se a acertar o preço do resgate, bem como a data e o local do pagamento. No dia marcado, ninguém apareceu para receber o valor do resgate. A farsa logo veio à tona, sendo os falsários ("vítima seqüestrada" e "seqüestrador") denunciados pelo crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP). Em primeira instância, os réus foram condenados pelo crime de extorsão (art. 158 do CP). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) cassou a sentença para reconhecer a figura da desistência voluntária (art. 15 do CP – "só responde pelos atos já praticados"), deixando de condenar os agentes pelo crime de constrangimento ilegal (art. 146 do CP), ante o surgimento da prescrição. Subindo os autos ao STJ, este Pretório reformou o acórdão do TJRS, vez que o crime de extorsão já tinha se consumado com a coação (ligação para pedir o resgate), sendo descabida a incidência de desistência voluntária, uma vez que esta só é possível antes da consumação do delito. Restaram os agentes condenados pelo crime de extorsão.

Referido caso retrata bem a importância do tema, pois, se o STJ tivesse o entendimento de que o crime de extorsão é material, só se consumando com a obtenção da indevida vantagem econômica, o acórdão do TJRS seria confirmado.

d) Tentativa

Tratando-se de crime formal, que se consuma com a coação, independentemente da obtenção da vantagem econômica, a tentativa é possível quando a grave ameaça (nesse caso escrita) não chegar ao conhecimento da vítima ou, mesmo, quando a vítima não se intimidar com a grave ameaça ou violência, não conseguindo o agente que aquela faça, deixe de fazer ou tolere que se faça alguma coisa.

e) Causa de Aumento (§ 1º)

Art.158 - [...]

§ 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.
[...]

Valem as mesmas observações acerca do concurso de agentes e do emprego de arma realizadas quando da análise do crime de roubo.

f) Qualificada pelo Resultado (§2º)

Art.158 - [...]

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

Valem as mesmas observações realizadas quando da análise do crime de roubo qualificado.

A extorsão qualificada pelo resultado morte é considerada crime hediondo (art. 1º, III, da Lei nº 8.072/90). Igual situação não ocorre com o resultado qualificador lesão grave.

g) Qualificada pela Restrição da Liberdade (§3º) – Lei nº 11.923/2209

Art.158 - [...]

§ 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. (NR)

A Lei nº 11.923/2009 criou o chamado “seqüestro relâmpago” (conforme ementa da norma), inserindo-o como figura qualificadora do crime de extorsão, no §3º.

Buscou o legislador, mais uma vez, alcançar os casos conhecidos como “seqüestro relâmpago”, em que o agente, mediante violência ou grave ameaça, obriga a vítima a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, com o intuito de obter indevida

vantagem econômica, sendo o comportamento da vítima imprescindível para que consiga tal intento, como nos casos de saques em conta-corrente.

Conforme já sustentamos anteriormente (item e.5 – crime de roubo), o “seqüestro relâmpago”, entendido como aquele em que o agente, mediante violência ou grave ameaça, obriga a vítima a realizar saques em sua conta-corrente configura, *a priori*, o crime de extorsão (vide observações sobre a diferença entre roubo e extorsão). Não se pode olvidar, entretanto, que, atualmente, face às limitações impostas pelos bancos aos saques em terminais eletrônicos, houve um *plus* nestas ações criminosas, pois os agentes passaram, também, a subtrair outros pertences da vítima. Nestas hipóteses, em nosso entendimento, ele estará cometendo roubo em concurso material com extorsão. Este, inclusive, é o entendimento atual do STJ, conforme reiteradas decisões (HC 43.989/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 19.12.2005 p. 450; REsp 697.622/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22.03.2005, DJ 02.05.2005 p. 404).

Ou seja, atualmente, é possível reconhecer o concurso de crimes na hipótese prevista no parágrafo anterior, respondendo o agente pelos delitos de roubo e de extorsão qualificada pela restrição de liberdade (§3º do art. 158).

E é cabível, conforme o caso, que se apliquem tanto a causa de aumento de pena do crime de roubo, prevista no inciso V do §2º do art. 157, quanto a qualificadora do §3º do art. 158, se a restrição da liberdade foi empregada em ambos os delitos.

Por fim, por manifesto equívoco do legislador, a figura em questão não pode ser considerada crime hediondo, mesmo em caso de lesão grave ou morte da vítima. Aqui, por sinal, o erro é inaceitável, porque o legislador, ao mesmo tempo em criou outro tipo com a pena mais grave prevista no CP (24 a 30 anos de reclusão), simplesmente se esqueceu de inseri-la no rol dos crimes hediondo, previsto no art. 1º da Lei nº 8.072/90.

h) Distinções

h.1) Extorsão e concussão (art. 316 do CP)

A violência ou grave ameaça só são empregadas na extorsão, sendo ausente na concussão, no qual há mera exigência. Logo, o funcionário público que, empregando violência ou grave ameaça, em razão de sua função, exige vantagem indevida, pratica o crime de extorsão (cuja pena é maior) e não o de concussão.

h.2) Extorsão e Roubo

Apontam-se três critérios de diferenciação:

- a) A diferença consiste em que, na extorsão, a vítima entrega o bem ao agente, enquanto que, no roubo, o bem é subtraído (Hungria)
- b) A diferença consiste em que, na extorsão, o mal prometido e a vantagem são futuros, enquanto que, no roubo, são contemporâneos.
- c) A diferença está no comportamento da vítima: na extorsão, é imprescindível a atuação da vítima; no roubo, não (Damásio).

Entende-se que somente o último critério satisfaz. Com efeito, quando a obtenção da indevida vantagem econômica buscada pelo agente somente for possível por meio da atuação da vítima (ex: fornecimento da senha para saques em conta-corrente), o delito será o de extorsão. Por outro lado, quando este objetivo puder ser suprido com o emprego da *vis*, independentemente do comportamento da vítima (ex: subtração de bolsa), haverá o crime de roubo.

Nesse contexto, o chamado “seqüestro relâmpago”, no qual a vítima é obrigada a realizar saques em sua conta-corrente, configura o delito de extorsão e não de roubo.

Não se pode esquecer da possibilidade de concurso material de crimes entre a extorsão e o roubo, quando o agente, num contexto, obrigar a vítima a realizar saque em sua conta-corrente (extorsão) e a lhe entregar o carro (roubo). É o entendimento que tem predominado na jurisprudência (STF- RTJ 100/940; STJ - HC 43.989/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 19.12.2005 p. 450; 615704/DF; TJDFT - APR1582995).

Por outro lado, não se tem admitido a possibilidade de continuidade delitiva entre roubo e extorsão, tendo em vista serem delitos de espécies diferentes (REsp 261356/SP; REsp 236765/SP).

4. Extorsão Mediante Seqüestro (Art. 159)

a) Tipo Penal Fundamental

Art. 159 - Seqüestrar 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.

[...]

b) Elementos do Crime – Adequação Típica

Neste delito, o agente seqüestra pessoa, intentando obter “qualquer vantagem”, cujo objetivo auferirá com o advento da condição ou com o pagamento do preço do resgate.

Sujeitos passivos deste delito é a pessoa que sofre o seqüestro (vítima seqüestrada), bem como aquela que é extorquida (vítima patrimonial). Nada impede, no entanto, que a qualidade de vítima seqüestrada e patrimonial recaia sobre uma mesma pessoa.

O meio de cometimento do crime é o seqüestro, de acordo com a redação do art. 159 do CP. Nada impede, entretanto, a realização do tipo penal por meio de cárcere privado, uma vez que o termo “seqüestro” foi utilizado em sua concepção ampla, de acordo com a doutrina e jurisprudência dominante.

A despeito de ter mencionado expressamente a expressão “qualquer vantagem”, entende-se que esta deve ser indevida e econômica, no mesmo molde do delito de extorsão (art. 158 do CP).

“Referindo-se a preço do resgate, a lei indica a exigência de um valor em dinheiro ou em qualquer utilidade, e, ao se referir a condição, a qualquer tipo de ação do sujeito passivo que possa conduzir a uma vantagem econômica (assinatura de uma promissória, entrega de um documento etc.)” (Mirabete).

Observa-se que a cláusula “como condição ou preço de resgate”, prevista no tipo penal, dá a exata noção do *modus operandi* do agente. Desse modo, é necessário que o sujeito tenha em mente a imposição de condição ou preço de resgate para soltar a vítima. Na jurisprudência, não se considerou a extorsão mediante seqüestro, mas concurso de crimes, entre seqüestro ou cárcere privado (art. 148 do CP) e homicídio (art. 121 do CP), quando a vítima foi seqüestrada para ser morta, no caso de “queima de arquivo” (STJ): REsp 9922/PB, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 15.03.1993, DJ 17.05.1993 p. 9363).

Se a vantagem desejada for devida, configurado estará o crime de exercício arbitrário das próprias razões, sem prejuízo do crime relacionado à pessoa (lesão corporal ou homicídio). Caso a vantagem almejada seja indevida, mas não econômica, não haverá a caracterização do delito em tela, devendo o agente responder pelo crime de seqüestro (art. 148 do CP).

O tipo penal fundamental é acrescido de três formas qualificadas (§§1º a 3º). Todas as modalidades, inclusive a extorsão mediante seqüestro simples, prevista no *caput* do art. 159 do CP, são hediondas, de acordo com o inciso IV do art. 1º da Lei nº 8.072/90. Nesse contexto, estando a vítima em qualquer das situações previstas no art. 224 do CP, as penas, mínima e máxima, deverão ser aumentadas da metade, respeitado o limite de 30 anos, conforme dispõe o art. 9º da Lei nº 8.072/90.

c) Momento da Consumação do Delito

Predomina o entendimento de que o crime em análise se consuma com o seqüestro, estando presente a finalidade especial de obter a indevida vantagem econômica, ainda que o agente não consiga auferi-la. Trata-se, portanto, de crime formal, de consumação antecipada. É a inteligência da Súmula 96 do STJ (REsp 555.178/SC, Rel. Ministro José Arnaldo Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28.09.2005, DJ 07.11.2005 p. 336; REsp 303.792/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 01.10.2002, DJ 10.03.2003 p. 322).

Por outro lado, há posição francamente minoritária no sentido de ser exigível obtenção pelo agente da indevida vantagem econômica para que exista a consumação do delito (crime material).

A intenção do agente restará comprovada com a exigência da condição ou do pagamento do preço do resgate para a libertação da vítima. Todavia, o sujeito deverá responder pelo delito, na forma consumada, mesmo quando não tiver realizado a extorsão (caracterizada com a exigência), quando, por outros meios, se conseguir provar que a sua vontade era dirigida à obtenção de uma indevida vantagem econômica. Assim, se a seqüestrada tiver conseguido escapar do cárcere, antes mesmo da exigência da condição ou do pagamento do preço do resgate, comprovando-se, porém, que o agente objetivava auferir uma indevida vantagem econômica, por meio da privação da liberdade da vítima, restará consumada a extorsão mediante seqüestro.

Ou seja, não é com a exigência da vantagem (extorsão) que se consuma o delito, mas com o seqüestro, presente a finalidade especial de obtenção de indevida vantagem econômica. A propósito, o núcleo do tipo é formado pelo verbo “seqüestrar” e não por “exigir”. Exige-se, apenas, que a conduta (seqüestrar) seja cometida com o fim de obter indevida vantagem econômica.

Desse modo, o seqüestro se consuma assim que a vítima fica privada da liberdade de locomoção, de mover-se no espaço, ainda que por curto lapso de tempo (RT 651/269, 572/327, 534/323, 441/339; JTJ 154/314, 173/311).

Assim, por exemplo, se os agentes são presos no momento em que transportavam a vítima ao cárcere, logo em seguida à privação da liberdade, comprovada a vontade de obtenção de indevida vantagem econômica, restará configurada a extorsão mediante seqüestro, na forma consumada.

c) Tentativa

É possível a tentativa, quando o seqüestro não se realizar, por circunstâncias alheias à vontade do agente, ficando evidenciado o fito de obtenção da indevida vantagem econômica. Assim, por exemplo, quando a vítima é libertada no momento em que está sendo levada para o veículo do seqüestrador, vindo este a confessar posteriormente que pretendia obter vantagem como condição ou preço do resgate (Capez).

d) Formas Qualificadas

d.1) Qualificadoras do §1º

Art. 159 - [...]

§ 1º Se o seqüestro 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.

A primeira hipótese que qualifica o crime do art. 159 é quando o seqüestro durar mais de 24 horas. O prazo é contado da data da privação da liberdade e não da exigência da vantagem. Cabe destacar que o legislador, diferente do que fez no crime de seqüestro (art. 148, §1º, III, CP), quando exigiu para a caracterização da majorante um prazo de 15 dias,

estabeleceu o exíguo lapso de 24 horas. Apresentam-se duas razões para tanto: a) a maior gravidade do crime de extorsão mediante seqüestro (Capez); e b) a fixação de prazo exíguo, no crime de seqüestro, levaria a punir com acréscimo o que é da própria essência (privação de liberdade) do crime (Noronha).

Ocorre a qualificadora, também, quando o seqüestrado é menor de 18 anos ou maior de 60 anos de idade (esta última circunstância foi inserida pelo Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003). O legislador protegeu, neste caso, aqueles que, por sua idade, têm uma menor capacidade de resistir ou suportar a privação da liberdade.

Cumpra lembrar que, se a vítima tiver menos de 14 anos, não ocorrerá a qualificadora em tela (§1º), devendo ser empregada somente a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90, dobrando-se a pena prevista no tipo simples (*caput*). Ou seja, é vedado ao juiz aplicar o §1º do art. 159 do CP, em razão de a vítima ser menor de 18 anos e, ainda assim, considerar a majorante do art. 9º da Lei nº 8.072/90, pois, desse modo, haveria *bis in idem* em face da dupla valoração à idade da vítima. No entanto, nada impede a aplicação de ambas as circunstâncias (§1º do art. 159 do CP e art. 9º da Lei nº 8.072/90), quando a qualificadora do CP tiver incidido em virtude de outra causa (duração do seqüestro, ou cometimento por bando ou quadrilha) prevista no referido §1º. Nesse sentido: STJ - HC 18535/DF, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18.12.2001, DJ 04.03.2002 p. 282.

Por igual modo, veda-se a aplicação da agravante genérica prevista na alínea “h” do inciso II do art. 61 do CP, quando a qualificadora se fizer presente em razão da idade da vítima.

A menoridade da vítima deve ser aferida no momento da privação da liberdade, devendo ser aplicada ainda que a seqüestrada complete 18 anos durante o seqüestro. Da mesma forma, o fato de a vítima ser menor de 60 anos no momento do arrebatamento, vindo, porém, a completar esta idade durante o cárcere não impede a incidência da qualificadora.

Por fim, a última hipótese prevista neste parágrafo refere-se ao seqüestro cometido por bando ou quadrilha. A qualificadora exista em vista da maior periculosidade dos agentes que se prestam a cometer o delito por este modo. Exigem-se a presença de todos os requisitos necessários à configuração ao crime do art. 288 do CP, quais sejam: - associação de mais de três pessoas; - fim de cometimento de crimes. Assim, não incide a majorante em questão quando tiver ocorrido simples participação ocasional, ainda que de

mais de três pessoas, os quais não tenham se associado para a prática de crimes indeterminados (RJDTACRIM 19/105). Há, na hipótese, concurso material de crimes – extorsão qualificada (§1º do art. 159) e quadrilha ou bando (art. 288) – não havendo no que se falar em *bis in idem*, consoante entendimento predominante na doutrina. Com efeito, “admite-se a possibilidade de coexistência entre os crimes de quadrilha ou bando e o de extorsão mediante seqüestro qualificado pelo concurso de pessoas, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e autônomos os delitos” (HC 29.400/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15.09.2005, DJ 10.10.2005 p. 398).

No entanto, o STF manifestou-se em entendimento contrário, posicionando-se pela ocorrência do *bis in idem*, quando o elemento “quadrilha ou bando” tivesse servido como qualificadora do crime de extorsão e com tipo penal autônomo (v. HC 73.925/RJ).

De fato, entende-se incorrente o alegado *bis in idem*, vez que os momentos consumativos e a objetividade jurídica entre tais delitos são totalmente diversos, sem falar na prescindibilidade da prática efetiva de crime para a configuração do tipo penal de quadrilha ou bando (Capez).

d.1) Qualificadoras dos §§2º e 3º

Art. 159 - [...]

§ 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.

[...]

Os §§2º (lesão grave) e 3º (morte) tratam de circunstâncias que qualificam o delito em razão do resultado. Este (lesão grave ou morte) pode ser imputado ao agente, desde que tenha agido, no mínimo, com culpa, tratando-se, neste último caso, de crime preterdoloso. Além disso, o resultado qualificador pode ter surgido da violência ou dos maus-tratos derivados do cárcere, bem como do modo do seqüestro, vez que o CP não exigiu que a morte ou a lesão grave decorresse da violência, como fez nos crimes de roubo e extorsão.

Predomina, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento segundo o qual a qualificadora só existirá caso a lesão grave ou morte sejam impostas à própria vítima seqüestrada. Nesse sentido, se terceira pessoa vir a sofrer a lesão grave ou a morte, haverá

concurso entre os crimes do art. 159 do CP, em relação à vítima seqüestrada, e do art. 121 ou 129, conforme o caso, no que toca à pessoa ferida ou assassinada.

O CP não exige que a lesão grave ou morte ocorram somente no local onde a seqüestrada ficará cativa. Desse modo, o resultado qualificador poderá ser imputado aos agentes, ainda que a vítima venha a falecer (ou se lesionar gravemente) no momento de seu arrebatamento, antes que mesmo da privação de sua liberdade. E, ressalte-se, a qualificadora poderá ser imputada aos seqüestradores mesmo a título de culpa. Assim, por exemplo, há extorsão mediante seqüestro qualificada pelo resultado morte (art. 159, §3º, CP) na hipótese de a vítima vir a falecer em razão de acidente automobilístico culposamente causado pelos seqüestradores, no percurso até o cativo, os quais buscavam se livrar de perseguição policial.

A pena cominada ao tipo penal do §3º do art. 159 é a maior prevista no CP (juntamente com a da parte final do §3º do art. 158), superior inclusive àquela prevista para o crime de homicídio qualificado (§2º do art. 121), demonstrando o alto índice de reprovação social do delito de extorsão mediante seqüestro.

Por fim, cumpre ressaltar que o art. 9º da Lei nº 8.072/90, que determina acréscimo de metade da pena, respeitado o limite superior de 30 anos, quando a vítima estiver em uma das situações do art. 224 do CP, com a revogação deste artigo pela Lei nº 12.015/2009, restou inaplicável.

e) Delação Premiada (§4º)

Art. 159 - [...]

§ 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.

Trata o dispositivo da chamada “delação premiada”, por meio da qual o agente delator tem a sua pena reduzida de uma a dois terços. Trata-se de benefício de incidência obrigatória, quando presentes os requisitos legais (HC 35.198/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 28.09.2004, DJ 03.11.2004 p. 215).

A concessão do “prêmio” fica condicionada à existência de dois requisitos: - efetiva libertação do seqüestrado; - a delação deve ter contribuído para o fim do seqüestro.

O grau de contribuição da delação para a libertação do seqüestrado é o parâmetro para a definição do *quantum* de redução da pena.

5. Extorsão Indireta (Art. 160)

a) Tipo Penal

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.

b) Elementos do Crime – Adequação Típica

Neste delito, o agente objetiva garantir o pagamento de uma dívida. Porém utiliza-se de meio ilícito, ao exigir ou receber documento do devedor que possa dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou terceiro, abusando de sua situação. Trata-se de uma ofensa ao interesse jurídico da normalidade das relações entre credor e devedor, visando o legislador a proteger o economicamente fraco em face do economicamente forte (Hungria).

O tipo penal estabelece duas condutas, exigir ou receber, tratando-se de crime de ação múltipla. Na modalidade “exigir”, é o agente que impõe à vítima, como garantia de dívida, a entrega de documento que possa dar causa a procedimento criminal contra ela ou terceiro. Na espécie “receber”, a iniciativa de entregar o referido documento pertence à vítima, configurando-se a infração penal com o seu recebimento pelo agente.

Neste delito, ao contrário do que existe na extorsão (art. 158 do CP), não há emprego de violência ou grave ameaça, configurando-se tão-somente com a exigência (feita pelo agente) ou com o recebimento (entregue por iniciativa da vítima) do documento.

Este deve ser apto a dar causa à instauração de um procedimento criminal contra o devedor ou mesmo contra terceiro. Tanto este como o devedor são sujeitos passivos do tipo penal em questão.

Na doutrina, enumeram-se como documentos passíveis de dar causa a investigação criminal, carta que contenha confissão de um delito (mesmo que verdadeira), cambial com assinatura falsa, documento materialmente ou ideologicamente falso e o cheque sem fundos. Quanto a este último, há certa divergência na doutrina se sua entrega ou recebimento poderia caracterizar o crime de extorsão indireta.

De fato, pacificou-se na jurisprudência o entendimento segundo o qual a emissão de cheque sem fundos, como garantia de dívida, como é o caso do chamado cheque pré ou pós-datado, não configura o crime de estelionato, na modalidade prevista no inciso VI do §2º do art. 171 do CP. No entanto, ainda que exista posição jurisprudencial em sentido contrário

(atualmente dominante, v. REsp 1.094/RJ, Rel. Min. Costa Leite, Sexta Turma, julgado em 12.12.1989, DJ 05.02.1990 p. 463), há de se considerar que a exigência ou recebimento de cheque sem fundos, como garantia de dívida, presentes os demais requisitos, configura o delito de extorsão indireta. Ora, “possibilidade de instauração do processo não se confunde com a certeza ou possibilidade de condenação” (Hungria), e o tipo penal contestou-se com a mera possibilidade de instauração de procedimento criminal e, desta forma, não há como deixar de reconhecer que a emissão de cheques sem fundos, por si só, pode ocasionar o surgimento do procedimento criminal.

Por fim, é indispensável a comprovação de que o agente se aproveitou da necessidade do devedor, abusando desta situação, pois a mera exigência ou recebimento do documento incriminador, ausente aquele abuso, não configurará a extorsão indireta. É o chamado dolo de aproveitamento.

c) Momento da Consumação do Delito e Tentativa

Verifica-se que o CP se contentou com a possibilidade, em tese, da persecução penal, não sendo necessário que efetivamente fosse instaurado o procedimento criminal contra a vítima ou terceiro, nem muito menos que houvesse condenação. Ou seja, é prescindível a instauração do procedimento criminal para a consumação da extorsão indireta.

Na modalidade “exigir”, o crime se consuma com a exigência do agente, sendo desnecessário que venha a receber o documento. Trata-se, neste caso, de crime formal. Aqui, a tentativa só será possível se a exigência tiver sido realizada por escrito e não chegar ao conhecimento da vítima por circunstâncias alheias à sua vontade (ex: a carta que contém a exigência é extraviada). No entanto, se o sujeito exigir a entrega do documento por meio verbal, impossível será a tentativa, ante a impossibilidade de fracionar a conduta do agente.

Por sua vez, na conduta “receber”, o delito somente estará consumado com o efetivo recebimento do documento, tratando-se de crime material. Caberá a tentativa quando a vítima oferecer o documento ao sujeito e este não vir a recebê-lo por circunstâncias alheias à sua vontade.

d) Instauração do Procedimento Criminal

Discute-se se o agente, dando causa à instauração do procedimento criminal por meio do documento, deveria responder apenas pela extorsão indireta, ou se haveria concurso material de crimes entre extorsão indireta e denúncia caluniosa.

De acordo com a primeira posição, “não é cabível imputar uma denúncia caluniosa a quem se limita a requerer inquérito policial com base em documento supostamente obtido nas circunstâncias apontadas no art. 160 do Código Penal que trata da extorsão indireta” (RT 449/354), ficando o delito de denúncia caluniosa (art. 339 do CP) absorvido, por ser um *post factum* impunível, tratando-se de mero exaurimento da conduta (Mirabete), pois, caso contrário, o agente estaria sendo punido duas vezes pelo mesmo fato (Dirceu Barros).

Por outro lado, àqueles que defendem a ocorrência do concurso de crimes, “não há impossibilidade de convivência entre a extorsão indireta e a denúncia caluniosa, porque ambos os delitos têm ação física diversa no espaço e no tempo. Esta última não é meio necessário para a exteriorização danosa daquele e, como tal, não pode em relação a ela transformar-se num *post factum* impunível. Inexiste, pois, em tese, interdependência entre ambas as figuras delituosas” (RT 462/332). Ademais, ambos os delitos atingem bens jurídicos diversos. A extorsão indireta constitui crime contra o patrimônio, enquanto a denúncia caluniosa tutela a administração da justiça (Capez).

Entende-se correta esta última posição, pois, de fato, o agente pratica duas ações criminosas, uma consistente na exigência ou no recebimento do documento (extorsão indireta) e outra quando dá causa à instauração do procedimento criminal contra a vítima ou terceiro, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (denúncia caluniosa). Assim, deverá responder pelos dois delitos.

e) Crime de Usura (art. 4º da Lei nº 1.521/51)

Prevalece o entendimento doutrinário de que a extorsão indireta é absorvida pelo crime de usura definido no art. 4º da Lei nº 1.521/51.

Com a devida vênia, não há como se adotar referida posição, conforme as seguintes razões. Observa-se que o próprio legislador criou o tipo penal especialmente aos agentes da usura. Ora, de acordo com o item 57 da Exposição de Motivos da Parte Especial do CP, “destina-se o novo dispositivo a coibir os torpes e opressivos expedientes a que recorrem,

por vezes, os agentes da usura, para garantir-se contra o risco do dinheiro mutuado. São bem conhecidos esses recursos como, por exemplo, o de induzir o necessitado cliente a assinar um contrato simulado de depósito ou a forjar no título de dívida a firma de algum parente abastado, de modo que, não resgatada a dívida no vencimento, ficará o mutuário sob a pressão da ameaça de um processo por apropriação indébita ou falsidade”.

Ademais, estar-se-ia diante de uma situação na qual o delito menor (usura), cuja pena é de detenção de 6 meses a 2 anos, absorveria um crime maior (extorsão indireta), sancionado com reclusão de 1 a 3 anos.

Cabe, ainda, indagar acerca de qual conduta seria mais reprovável: a do credor de uma quantia originalmente lícita ou a do agiota, os quais viessem a exigir, como garantia da dívida, documento que pudesse dar causa a instauração de procedimento criminal.

Não há dúvidas de que a ação do agiota é socialmente mais reprovável, pelo que deveria receber uma maior sanção penal. Entretanto, de acordo com o entendimento prevalecente, responderia tão-somente pelo crime de usura (pena: detenção de 6 meses a 2 anos), o qual absorveria a extorsão indireta. Por sua vez, o credor de uma dívida lícita responderia pelo delito de extorsão indireta (pena: reclusão de 1 a 3 anos).

Assim, não há razão para que o crime de usura absorva a extorsão indireta.

O caso requer, portanto, a responsabilização do agiota pelos crimes de usura (art. 4º da Lei nº 1.521/51) em concurso material com extorsão indireta.

6. Apropriação Indébita (Art. 168)

a) Tipo Penal Fundamental

Art.168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

b) Elementos do Crime – Adequação Típica

O tipo penal é formado pelo núcleo (verbo) “apropriar-se” e pelos elementos “coisa”, “móvel”, “alheia” e “de que tem a posse ou a detenção”.

Apropriar-se significa fazer a coisa como sua, passando a agir como se fosse seu proprietário, quando somente tem a sua posse ou detenção. O funcionário público que se apropria de coisa que tem a posse em razão do cargo não comete o crime de apropriação indébita, mas o delito de peculato (art. 312 do CP), em face do princípio da especialidade.

A principal característica deste delito é o abuso de confiança, tanto assim que em outros países recebeu esta denominação (abuso de confiança). Todavia, de forma diferente, o CP preferiu o nome apropriação indébita, entendendo que nem sempre o abuso de confiança será requisito para a configuração do delito. É certo, porém, que, em todas as hipóteses de apropriação indébita, existe anterior relação obrigacional entre duas pessoas, em razão da qual se dá a entrega da coisa ao agente. Os contratos que podem originá-la, conforme lembra Mirabete, são o usufruto, a sociedade, a venda com reserva de domínio, a locação de coisas móveis, a parceria agrícola, o mandato, o penhor, a comissão mercantil, o transporte, a gestão de negócios, entre outros. Por outro lado, a compra e venda pura e simples, a cessão de crédito, a doação, o mútuo de coisas fungíveis, a anticrese, a conta-corrente, etc, por transferirem também a propriedade, não são aptas a caracterizar a apropriação indébita.

O art. 168 refere-se à posse ou à detenção. A posse é a direta, sendo aquela exercida pelo indivíduo em nome de outrem (possuidor indireto). Sempre é desviada, como nos casos do locatário, do mandatário ou do usufrutuário. A posse direta pode ser interessada, quando existe interesse do próprio possuidor direto, como na locação; ou desinteressada, quando só existe benefício para o possuidor indireto, como no mandato. Em ambas (posse interessada e desinteressada) é possível a apropriação indébita.

Detentor é aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas (art.

1198 do CC/2002). A detenção pode ser vigiada ou desvigiada. Mas para a configuração do delito em exame só se admite a desvigiada.

Isto porque o abuso de confiança que, por vezes, constitui o delito em tela difere-se daquele que qualifica o crime de furto, pois neste a detenção é vigiada, enquanto a apropriação indébita só existirá se a detenção que o agente exercer sobre a coisa for desvigiada. A propósito, este delito é conhecido como *furtum improprium* (v. item 60 da Exposição de Motivos da Parte Especial do CP).

Diferente do que ocorre no furto e no estelionato, a coisa, na apropriação indébita, é livremente entregue pela vítima (o que não ocorre no furto), sem a necessidade do emprego da fraude (o que não há no estelionato), mas sempre com base na relação de confiança ou obrigacional que existe entre os sujeitos ativo e passivo do crime.

Desse modo, é indispensável que a posse ou a detenção sejam legítimas, pois se o agente a conseguiu ilicitamente, por subtração, fraude ou violência, ocorreu crime anterior (receptação, furto, estelionato, roubo), não havendo no que se falar em apropriação indébita (Mirabete). Ressalve-se, apenas, a situação do agente entrar na posse ou detenção da coisa de origem criminosa, supondo-a lícita, por desconhecer o crime anterior, eis que, neste caso, haverá a apropriação indébita. Assim, por exemplo, se a pessoa receber a coisa furtada pelo ladrão para guardá-la e dela apropriar-se, haverá o crime de apropriação indébita se desconhecia o furto, supondo lícita a origem da coisa. Neste caso, o sujeito passivo do delito é a vítima do furto e não o assaltante. Por outro lado, se sabia que a coisa era furtada responderá pelo delito de receptação (art. 180 do CP) ou mesmo de favorecimento real (art. 349 do CP), conforme o caso.

Por isso se diz que o agente, na apropriação indébita, atua com dolo *subsequens*, isto é, com a intenção de apropriar-se da coisa somente após ter a sua posse ou detenção. Caso contrário, havendo dolo *ab initio* (aquele que precede à posse ou detenção), o delito será outro. Poderá, por exemplo, configurar o crime de estelionato, se a posse ou detenção foi obtida por meio de fraude; roubo, se conseguida por meio do emprego de violência ou grave ameaça; ou mesmo a receptação ou favorecimento real, se efetivada pela realização de crime anterior.

Em suma, no furto, há subtração; no estelionato, uma obtenção fraudulenta, mas na apropriação indébita, existe uma arbitrária inversão da natureza da posse. No furto, o agente obtém a *res* tirando-a da vítima; no estelionato, enganando-a; na apropriação indébita, aproveitando-se do fato de já ter a sua posse ou detenção (Bitencourt).

É necessária também a presença do *animus rem sibi habendi*, que consiste na vontade do agente de se tornar dono da coisa, o chamado ânimo de assenhoreamento definitivo, o qual, conforme visto, somente pode ocorrer após a posse ou detenção (*dolo subsequens*). Por essa razão não exista a figura da apropriação indébita de uso.

A coisa imóvel, por expressa previsão legal (o CP fala em coisa móvel), e ante a impossibilidade de apreensão, não pode ser objeto do delito de apropriação indébita. Havendo disposição de coisa imóvel pelo agente, configurado estará o crime de estelionato, na modalidade de disposição de coisa alheia como própria (art. 171, §2º, I, CP).

Não se permite, ainda, que, tratando-se de mútuo ou depósito, a coisa móvel seja fungível, pois, conforme visto, nestes casos, há transferência da propriedade, e o tipo penal do art. 168 exige que a coisa seja alheia.

Há relevante questão acerca se o dinheiro pode ser objeto do delito de apropriação indébita. Ainda que seja coisa fungível, admite-se a configuração do delito quando o dinheiro (como qualquer outra coisa fungível) for entregue para que seja repassado a terceiro, vindo o agente a dele se apropriar. É o caso, por exemplo, do advogado (mandatário) que recebe dinheiro proveniente de ação judicial e dele se apropria, recusando-se a repassá-lo ao cliente (mandante), ou que levanta e se apropria de valores de benefício previdenciário depositados em juízo em nome de sua cliente. (RHC 16.605/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.10.2004, DJ 29.11.2004 p. 352).

c) Espécies de Apropriação Indébita

Doutrinariamente, classifica-se o delito em apropriação indébita propriamente dita e por negativa de restituição.

A primeira ocorre por atuação comissiva (ação) do agente, por meio do qual este realiza atos de inversão do título da posse, como a venda, a doação, consumo da coisa, penhor, etc.

Na apropriação indébita por negativa de restituição, o agente se recusa a devolver a coisa recebida, sem estar amparado em casos nos quais a lei autoriza o direito de retenção (ex: direito de retenção do possuidor de boa-fé pelas benfeitorias, compensação).

Por isso, diz-se que o mero inadimplemento contratual não tem forças para caracterizar o delito em questão, pois se exige também a má-fé do agente, evidenciando a sua vontade de inversão da natureza da posse.

d) Consumação e Tentativa

O momento consumativo dependerá da espécie de apropriação indébita.

Na apropriação propriamente dita, a consumação ocorre com o ato comissivo de disposição da coisa, quando o agente manifesta conduta incompatível com a vontade de restituir ou dar destino certo à coisa.

Por seu turno, a apropriação indébita por negativa de restituição restará consumada quando estiver configurada a recusa do agente em devolver a *res* após o vencimento. Havendo prazo fixado para a devolução, a apropriação restará configurada nesta data. Na ausência de prazo, dependerá o vencimento de qualquer ato inequívoco que constitua em mora o possuidor ou detentor (ex: interpelação judicial ou extrajudicial, citação do réu, etc.).

A tentativa só é cabível na apropriação indébita propriamente dita, sendo inadmissível na negativa de restituição. Neste último caso, ou o agente se nega a devolver o objeto material, e o delito está consumado, ou, se isso não ocorre não haverá conduta típica (Damásio).

d) Apropriação Indébita “Qualificada”

Art. 168. [...]

§ 1º A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

I - em depósito necessário;

II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;

III - em razão de ofício, emprego ou profissão.

A despeito de ser conhecido como apropriação indébita qualificada, o §1º do art. 168, na verdade, apenas constitui uma causa de aumento de pena, elevando a pena em um terço.

A primeira circunstância de aumento da pena ocorre quando o agente tiver recebido a coisa em virtude de depósito necessário. Valendo-se dos conceitos do Direito Civil pode-se dividir o depósito necessário em legal (art. 647, I, do CC), quando o depósito for realizado no desempenho de obrigação legal; miserável (art. 647, II, CC), sendo aquele que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque; ou por equiparação (art. 649 do CC), referente ao recebimento pelos hospedeiros das bagagens dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias onde estiverem.

Somente o depósito necessário miserável dará ensejo à causa de aumento de pena do inciso I (Hungria). Isso porque, se a obrigação legal for imposta a funcionário público, este, como se viu, não praticará o delito de apropriação indébita, mas o crime de peculato (art. 312 do CP). Se o sujeito for um particular, responderá pelo aumento de pena não em face do depósito necessário legal, mas em virtude de ser depositário judicial da coisa, aplicando-se a circunstância do inciso II (Damásio).

Igualmente, não será possível aplicar esta causa de aumento tratando-se de depósito miserável por equiparação, pois, nesta hipótese, deverá incidir tão-somente a causa do inciso III (coisa recebida em razão de profissão).

A segunda causa de aumento de pena incidirá em face de qualidade pessoal do autor, tendo este recebido a coisa como tutor, curador, síndico, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial. A majorante é devida ante a violação dos deveres inerentes às funções exercidas pelos agentes (Mirabete).

Por fim, a terceira majorante refere-se ao fato da coisa ter sido recebida em razão de ofício, emprego ou profissão. “A razão de ser da qualificadora é a existência de violação de um dever inerente à qualidade dessas pessoas, revelando sempre abuso de confiança” (RT 515/390).

e) Apropriação Indébita Privilegiada

Art.170 - Nos crimes previstos neste Capítulo, aplica-se o disposto no art. 155, § 2º.

Pela expressa disposição prevista de seu art. 170, o CP permite a aplicação dos benefícios concedidos ao furto privilegiado (art. 155, §2º, CP).

Sobre o assunto, vide as observações acerca do crime de furto privilegiado.

7. Apropriação Indébita Previdenciária (Art. 168-A)

a) Tipo Penal Fundamental

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

b) Elementos do Crime – Adequação Típica

A conduta encontrava-se tipificada na Lei nº 8.212/91 (art. 95), tendo sido revogada pela Lei nº 9.983/2000, que trouxe o tipo para o CP, inserindo-o como art. 168-A, sob o nome “apropriação indébita previdenciária”. Pacífico na doutrina e na jurisprudência que não há de se falar em *abolitio criminis*, neste caso, pois o legislador apenas buscou aperfeiçoar o tipo legal e não descriminalizar a conduta. É a aplicação do chamado Princípio da Continuidade Normativa Típica.

Comete este delito aquele (pessoa física ou jurídica) que recolhe ou desconta o tributo do contribuinte e não o repassa à previdência social, no prazo e forma legal ou convencional.

Trata-se de delito de conduta mista (Damásio), pois o agente primeiro recolhe a contribuição do contribuinte (ação) para, na seqüência, deixar de repassá-la à previdência (omissão). Não se pode concordar com a corrente (Mirabete, Capez) que classifica este delito como omissivo puro, pois o tipo pressupõe uma conduta comissiva anterior do agente, consistente no recolhimento da contribuição, vez que somente é possível repassar algo que se tenha recebido ou recolhido (Bitencourt). Portanto, o crime em questão só estará caracterizado quando o tributo for descontado do segurado, deixando o agente de repassá-lo à previdência social.

Diferentemente do que ocorre no crime do art. 168, a apropriação indébita previdenciária não exige o *animus rem sibi habendi* que consiste na vontade do agente de se tornar dono da coisa, o chamado ânimo de assenhoreamento definitivo. Desse modo, é irrelevante a destinação que o sujeito tenha dado às contribuições não repassadas à previdência social, ou mesmo o dolo específico do agente em fraudar a previdência social, pois o que se exige é o não repasse daqueles tributos no prazo legal. Nesse sentido, é o entendimento do STJ (REsp 1194510/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, Dje 01/02/2011; REsp 510.742/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado

em 09.12.2005, DJ 13.02.2006 p. 855; RHC 17.354/SP, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 18.10.2005, DJ 21.11.2005 p. 297; REsp 714.327/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02.06.2005, DJ 01.08.2005 p. 544; RESP 501935 / PR – Rel. Min. Laurita Vaz – DJ 30.08.2004 Pg 00319; RESP 309970/AL – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 28.06.2004 Pg 00382; ERESP 331982/CE – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 15.12.2003 Pg 00179) e do STF (HC 87107/SP – Rel. Min. Cezar Peluso – julgado em 02/06/2009).

Todavia, existe forte corrente doutrinária e jurisprudencial (STJ – AgRg no REsp 1041306/CE – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 31/08/2011); que exige a presença deste elemento subjetivo (*animus rem sibi habendi*), principalmente pelo fato do CP ter incluído o delito entre as formas de apropriação indébita. Por isso, sustenta que é indispensável o elemento subjetivo do injusto, representado pelo especial fim de apropriar-se dos valores pertencentes à previdência social, isto é, o agente se apossa com a intenção de não restituí-los (Bitencourt).

No entanto, prevalece o entendimento de que o *animus rem sibi habendi* não é elemento constitutivo do delito de apropriação indébita previdenciária, mesmo porque o legislador continuou utilizando o núcleo “deixar de repassar” e não “apropriar-se”, sendo irrelevante a denominação dada ao delito (apropriação indébita previdenciária).

O tipo em exame só se aplica aos casos de contribuições destinadas à previdência social. Tratando-se de ausência de repasse do imposto de renda recolhidos dos contribuintes, o fato caracteriza o tipo do art. 168 (apropriação indébita), por força do disposto no art. 11 da Lei nº 4.357/64.

c) Condutas Assemelhadas (§1º)

Art. 168-A. [...]

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

[...]

O CP previu no §1º três condutas equiparadas àquela descrita no *caput* do art. 168-A.

As figuras constavam das alíneas “d”, “e” e “f” do art. 95 da Lei nº 8.212/95, revogadas pela Lei nº 9.983/2000.

A primeira conduta (inciso I), de natureza comissiva-omissiva (mista), ocorre quando o sujeito não repassa à previdência social (omissão), no prazo legal, contribuição ou qualquer outra importância que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público.

A segunda (inciso II) consiste na ausência de recolhimento à previdência social de contribuições que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços.

A última figura (inciso III) é puramente omissiva, caracterizando-se pela falta de pagamento (omissão) de benefício devido ao segurado, quando a previdência já tiver reembolsado à empresa deste valor.

d) Consumação e Tentativa

O crime se consuma com a ausência do repasse das contribuições no prazo legal ou convencional (*caput*, §1º, incisos I e II) ou com a falta do pagamento ao segurado (§1º, inciso III). Trata-se de delito de mera conduta, sendo dispensável qualquer resultado naturalístico para que ocorra a sua consumação.

Os prazos para recolhimento ou pagamento são aqueles definidos na legislação previdenciária.

O STF, entretanto, passou a entender ser o delito em exame omissivo material, exigindo para a consumação do crime a quantificação do prejuízo. Assim, enquanto não decidido, na via administrativa, o valor do débito não há que se falar em consumação, inviabilizando tanto a propositura da ação penal quanto a manutenção do inquérito. Nesse sentido: Inq 2537 – Rel. Min. Marco Aurélio – Informativo nº 498.

É inadmissível a tentativa neste delito, pois a conduta final do agente, mesmo nos casos de tipo misto, é omissiva. Assim, se o agente deixar de recolher as contribuições à previdência social ou de pagar o benefício ao segurado nos prazos definidos na legislação previdenciária, o crime já estará consumado. Caso contrário, recolhendo ou pagando os referidos valores, a conduta será atípica, não havendo possibilidade, portanto, de tentativa.

e) Estado de Necessidade e Inexigibilidade de Conduta Diversa

A jurisprudência tem acolhido, excepcionalmente, a tese de excludente de ilicitude pelo estado de necessidade e de causa de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, quando as dificuldades financeiras da empresa estiverem cabalmente comprovadas, tendo impossibilitado de modo absoluto o repasse dos valores recolhidos à previdência social (TRF-1ª Região - ACR 36000030700/MT – DJ 02.07.2004 Pg 11; TRF- 2ª Região – ACR 2306 – DJ 11.07.2002 Pg 182; TRF- 3ª Região – ACR 12102 – DJ 30.06.2003 Pg 584; ACR 9664 – DJ 13.03.2003 Pg 234).

Neste caso, os motivos que impossibilitaram o repasse à previdência devem ser sopesados, para que possam justificar o emprego da dirimente. Assim, por exemplo, aceita-se a excludente quando a ausência do repasse decorreu para que empresa conseguisse honrar com o pagamento de salários de seus empregados. Ressalte-se que esta situação é excepcional, só podendo ser invocada quando comprovada situação de absoluta impossibilidade, da empresa e seus sócios, para arcar com os compromissos, não se justificando o não recolhimento à Previdência.

A questão, porém, não é pacífica, vez que existem decisões em sentido contrário, refutando o emprego da dirimente, vez que entendem não haver justificativa para a prática do crime de apropriação indébita previdenciária, que, em última análise, desestabiliza toda a estrutura previdenciária do país, causando incomensuráveis prejuízos à sociedade e principalmente à camada social menos favorecida economicamente, que dela mais precisa (TRF 1ª Região – ACR 38000326300 - DJ 04/04/2003 Pg 36).

De fato, entende-se que só a situação *in concreto* poderá definir se a ausência de recolhimento estará justificada, excepcionalmente, não configurando o ilícito em questão. Mas o mínimo que se exige para o reconhecimento da excludente é a comprovação da absoluta impossibilidade do repasse, conforme, aliás, vem entendendo a jurisprudência majoritária.

g) Causa de Extinção de Punibilidade (§2º)

Art. 168-A. [...]

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

A causa de extinção da punibilidade ocorre quando, antes do início da ação fiscal, o agente declara, confessa e efetua o pagamento da contribuição.

Antes do advento do §2º do art. 168-A, aplicava aos casos de contribuições previdenciárias o disposto no art. 34 da Lei nº 9.249/95, segundo o qual a punibilidade estaria extinta se o agente efetuasse o pagamento integral das contribuições devidas até o recebimento da denúncia.

Por sua vez, como se observa, a redação atual do §2º do art. 168-A limitou a reparação do dano, com forças para extinguir a punibilidade, ao início da ação fiscal.

Tem-se sustentado, na doutrina (Bitencourt, Capez) que o início da ação fiscal ocorre, não com a simples notificação o lançamento do tributo, mas a partir da cientificação pessoal, pois só com esta se completa relação procedimental da ação fiscal, e não com a formalização do chamado Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF.

É necessário, ainda, que o agente: - declare o valor devido, demonstrando o total recebido dos contribuintes, e não repassado à previdência (confissão da dívida);- pague integralmente o valor devido, incluindo o principal e os acessórios, não servindo o mero parcelamento da dívida para este efeito; - preste as informações à previdência social referentes à dívida em questão.

Cabe lembrar que, se o agente estiver inserido no programa de parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social, instituído pela Lei nº 10.684/2003, será beneficiado pela causa de “suspensão da pretensão punitiva do Estado” (art. 9º). Neste caso, mesmo o parcelamento conduzirá à suspensão do processo, cuja extinção da punibilidade ocorrerá quando a empresa terminar de pagar integralmente o débito. De fato, o §2º do art. 9º da referida Lei nº 10.684/2003 criou nova hipótese de extinção de punibilidade para o delito do Art. 168-A, quando o agente efetuar o pagamento integral dos débitos, inclusive acessórios. Desse modo, o *“pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.”* (HC 81929/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27.02.2004). No entanto, “sendo dos empregados e, não, patronais, as contribuições previdenciárias recolhidas e não repassadas à Previdência Social, não há falar em suspensão da pretensão punitiva, porquanto não incide o artigo 9º, caput, da Lei nº 10.684/03, em razão do veto presidencial ao parágrafo 2º do artigo 5º da referida lei e do artigo 7º da Lei nº 10.666/03” (HC 21.640/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 31.05.2005, DJ 06.02.2006 p. 321). Isso porque o art. 7º da Lei nº 10.666/03 veda o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados, inclusive dos domésticos, dos trabalhadores avulsos, dos contribuintes

individuais, as decorrentes da sub-rogação e as demais importâncias descontadas na forma da legislação previdenciária. É o entendimento atual do STJ.

O STF, porém, tem posição diversa. Segundo o Pretório Excelso, *“as regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária. Se esta defere a faculdade de parcelar e quitar as contribuições descontadas dos empregados, e não repassadas ao INSS, e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o artigo 9º, § 2º, da citada Lei n. 10.684/03. Este preceito, que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade referente aos crimes ali relacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbe: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado artigo 9º. O paciente obteve o parcelamento e cumpriu a obrigação. Podia fazê-lo, à época, antes do recebimento da denúncia, mas assim não procedeu. A lei nova permite que o faça depois, sendo portanto, lex mitior, cuja retroação deve operar-se por força do artigo 5º, XL da Constituição do Brasil”* (HC 85452/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 03-06-2005 p. 045).

Por outro lado, o art. 15 da Lei nº 9.964/2000 prevê que a adesão ao Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), desde que antes do recebimento da denúncia, permite a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referente ao crime previsto no art. 95 da Lei nº 8.212/91 (delito anterior ao do art. 168-A do CP), quando a empresa devedora é incluída no referido programa.

Portanto, atualmente, o pagamento integral efetuado antes do trânsito em julgado da sentença (o que se suspende é a pretensão punitiva) pode constituir causa de extinção da punibilidade.

h) Perdão Judicial ou Multa (§3º)

Art. 168-A. [...]

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Neste caso, presentes os requisitos previstos nos incisos I e II, o juiz concederá o perdão judicial ou aplicará somente a pena de multa.

São requisitos subjetivos à concessão do benefício a primariedade e os bons antecedentes. Além disso, o CP prevê a obrigatoriedade de pelo menos um destes pressupostos objetivos: - pagamento integral do débito após o início da ação fiscal e antes do oferecimento da denúncia (lembre-se que o pagamento antes da ação fiscal configura causa de extinção de punibilidade, de acordo com o §1º do art. 168-A); ou - valor da dívida menor do que aquele estabelecido pela previdência social para o ajuizamento da respectiva execução fiscal (atualmente cinco mil reais).

A despeito de o legislador ter empregado a expressão “facultado”, entende-se que, atendidos os requisitos legais, subjetivos e objetivos, o juiz estará obrigado a conceder um dos benefícios, aplicando o perdão judicial ou convertendo a pena para multa. O benefício a ser concedido será definido a par das circunstâncias do art. 59 do CP, à míngua de previsão legal (Bitencourt).

Cabe lembrar que se o pagamento ocorrer após o oferecimento, mas antes do recebimento da denúncia, haverá de ser reconhecido o arrependimento posterior (art. 16 do CP), causa de diminuição de pena obrigatória de pena (um a dois terços), que poderá reduzir a pena inclusive abaixo do mínimo legal. A reparação do dano ocorrida durante a ação penal (após, portanto, o recebimento da denúncia) configura circunstância atenuante genérica (art. 65, III, “b”, do CP).

i) Aplicação do Princípio da Insignificância

O art. 1º, inciso I, da Lei 9.441/97 declara extinto “*todo e qualquer crédito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, oriundo de contribuições sociais por ele arrecadadas ou decorrente do descumprimento de obrigações acessórias, cujo valor: total das inscrições em Dívida Ativa, efetuadas até 30 de novembro de 1996, relativamente a um mesmo devedor, seja igual ou inferior a R\$ 1.000, 00 (mil reais)*”. Deste modo, como o ente não tem interesse em receber judicialmente este valor (mil reais), não há fundamento para a imposição de sanções criminais, sendo o caso de se aplicar o princípio da insignificância.

Por sua vez, o art. 20 da Lei nº 10.522/2002 dispõe que devem ser “*arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)*”. Neste caso, em virtude de o ente não ter interesse em receber judicialmente este valor, não há fundamento

para a imposição de sanções criminais, devendo ser aplicado o princípio da insignificância em casos tais, como, por exemplo, no de descaminho ou de contrabando (REsp. 617.049/RN, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 04.04.2005).

Vê-se, assim, que, no tocante aos débitos inscritos como dívida ativa da União, o limite (dois mil e quinhentos reais) supera àquele estabelecido para as dívidas previdenciárias (um mil reais). Nesse contexto, há de ser aplicada a analogia para que o limite para a aplicação do princípio da insignificância às contribuições previdenciárias seja o mesmo daquele previsto para os débitos inscritos como dívida ativa. Portanto, será cabível, em relação às contribuições previdenciárias, a adoção do princípio da insignificância se o débito não exceder a dois mil e quinhentos reais.

Ocorre que o art. 20 da Lei nº 10.522/2002 teve sua redação alterada pela Lei nº 11.033/2004 (art. 21), que aumentou o limite previsto para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Nesse contexto, o STJ voltou a discutir acerca da aplicação do princípio da insignificância relativamente aos débitos inscritos em dívida ativa (e, por conseguinte, às dívidas previdenciárias). Ou seja, se, no tocante aos débitos inferiores ao novo limite (dez mil reais), a conduta seria atípica, face ao princípio da insignificância.

Revedo a sua posição anterior sobre o tema, o STJ decidiu que o *caput* do art. 20 da Lei nº 10.522/2002 não pode servir como base para a aplicação do princípio da insignificância, pois prevê apenas o não ajuizamento da ação de execução ou o arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, portanto, a extinção do crédito. Com efeito, o dispositivo que regula o cancelamento (extinção) do crédito fiscal é o art. 18, §1º, da Lei nº 10.522/2002 que estabelece um limite de R\$ 100,00 (cem reais). Portanto, passou o STJ a entender que o princípio da insignificância somente se aplica às dívidas fiscais que não excedam a R\$ 100,00 (cem reais). Nesse sentido: HC 46.598/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 21.02.2006, DJ 13.03.2006 p. 344; HC 32.576/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 06.02.2006 p. 332; HC 38.965/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 02.06.2005, DJ 22.08.2005 p. 308; REsp 685135/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.03.2005, DJ 02.05.2005 p. 401.

Destarte, o art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.441/97 volta a ter aplicação integral aos casos de contribuições previdenciárias. Assim, há de ser empregado o princípio da insignificância no tocante aos débitos previdenciários que não superem R\$ 1.000,00 (um mil reais). Nesse sentido: REsp 762.815/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em

16.02.2006, DJ 13.03.2006 p. 365; REsp 686.564/SC, Rel. Ministro José Arnaldo Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04.08.2005, DJ 05.09.2005 p. 469; REsp 669.080/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.02.2005, DJ 14.03.2005 p. 419.

Atualmente, porém, o STJ, por meio da Terceira Seção, voltou a entender que incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00. Nesse sentido: AgRg no REsp 1166152/RS – Rel. Min. Laurita Vaz – Dje 10/10/2011. A mudança de entendimento decorre da Lei nº 11.457/2007 que passou a considerar os débitos decorrentes de contribuições previdenciárias como dívida ativa da União.

8. Formas Especiais de Apropriação Indébita – Apropriação Indébita Mitigada (art. 169)

O art. 169 do CP apresenta três formas especiais de apropriação indébita. As penas cominadas a estas espécies são menores do que as previstas para o delito do art. 168, sendo conhecidas como apropriação indébita mitigada. Justifica-se a menor reprovação da conduta, pois, no tipo em análise, não há a presença de abuso de confiança ou de boa-fé, diferentemente do que ocorre na apropriação indébita (Mirabete).

A primeira dessas figuras delitivas está expressa no *caput*, sendo conhecida como apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza. As outras duas são a apropriação de tesouro (inciso I do parágrafo único) e a apropriação de coisa achada (inciso II).

Nestas espécies de delito, quanto à consumação e à possibilidade de tentativa, valem também as observações acerca à apropriação indébita (item 6.d). Igualmente, no que se refere à apropriação indébita privilegiada.

a) Apropriação de Coisa Havida por Erro, Caso Fortuito ou Força da Natureza (art. 169, *caput*)

a.1) Tipo Penal Fundamental

Art.169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

a.2) Elementos do Crime – Adequação Típica

Neste delito, valem as mesmas considerações expendidas acerca da apropriação indébita.

A única diferença do delito do *caput* do art. 169 para a apropriação indébita (art. 168) refere-se à forma pela qual a coisa passou à posse ou detenção do agente. Com efeito, na apropriação indébita, a *res* é livremente entregue pela vítima ao agente, enquanto que no crime do art. 169, ora em exame, a posse ou detenção derivou de erro, caso fortuito ou força da natureza.

O erro é a falsa percepção acerca da realidade, levando a vítima, por exemplo, a entregar uma coisa por outra, ou mesmo à pessoa errada. Ressalte-se que o agente que

recebe a coisa não pode ter contribuído para o erro, pois, nesse caso, estará configurado o delito de estelionato.

b) Apropriação de Tesouro (Art. 169, Parágrafo Único, I)

b.1) Tipo Penal Fundamental

Art.169 - [...]

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

- Apropriação de tesouro

I - quem acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da quota a que tem direito o proprietário do prédio;

[...]

b.2) Elementos do Crime – Adequação Típica

Tesouro é o depósito antigo de coisas preciosas, oculto e de cujo dono não haja memória (art. 1264 do CC/2002). De acordo com as regras civilistas (artigos 1264 a 1266), o tesouro deve ser dividido igualmente entre o proprietário do prédio e aquele que o descobriu. Todavia, o tesouro pertencerá por inteiro ao proprietário do prédio, se for achado em pesquisa que ordenou, ou por terceiro não autorizado.

Prédio é qualquer imóvel onde for encontrado o tesouro.

Pratica o delito em tela aquele que achar o tesouro e não repassar ao proprietário do prédio, no todo ou em parte, a quota a que teria direito (metade ou todo o tesouro, conforme o caso).

Se o agente desconhecer a obrigação de dividir por metade ou entregar por inteiro, conforme o caso, o tesouro com o proprietário do imóvel, poderá ser beneficiado pelo erro de tipo, que, se escusável (desculpável ou inevitável), excluirá o próprio dolo, conforme leciona Bitencourt. É indispensável, portanto, que o agente tenha a consciência da obrigação de entregar a quota do dono do prédio.

No entanto, há de se considerar que o erro sobre o elemento constitutivo do tipo, neste caso, decorre do próprio desconhecimento da lei civil, o qual é sempre inescusável, à luz do que dispõe o art. 21 do CP. Assim, entende-se que a invocação do desconhecimento da obrigação de quotização do tesouro não exclui o delito, funcionando apenas como circunstância atenuante genérica (art. 65, II, CP). É o chamado erro de direito (Hungria), que não tem o condão de excluir a responsabilidade penal do agente.

Necessário, ainda, para a configuração do delito em apreço a presença *animus rem sibi habendi*.

Quanto à consumação e à possibilidade de tentativa, valem também as observações acerca à apropriação indébita (item 6.d). Igualmente, no que se refere à apropriação indébita privilegiada.

c) Apropriação de Coisa Achada (Art. 169, Parágrafo Único, II)

c.1) Tipo Penal Fundamental

Art.169 - [...]

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

[...]

- Apropriação de coisa achada

II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de 15 (quinze) dias.

c.2) Elementos do Crime – Adequação Típica

Indispensável, inicialmente, diferenciar coisa perdida de coisa abandonada. Isso porque a apropriação de coisa abandonada, ao contrário do que ocorre com a *res perdicta*, não configura nenhum delito.

Coisa perdida é aquela que se encontra em lugar público ou de uso público, em condições tais que faça presumir, fundadamente, seu extravio (Bento de Faria). A simples perda da *res* não implica a perda da propriedade, mas apenas da posse. Por isso, que há crime quando o objeto encontrado for coisa perdida, o mesmo não ocorrendo quando a tiver sido abandonada (*res derelicta*) ou que jamais teve dono (*res nullius*).

Se o agente supuser, por erro escusável, que se trata de coisa abandonada, quando, na verdade, é *res perdicta*, haverá erro de tipo, excluindo-se o próprio crime.

Com efeito, observa-se que o Código Civil obriga àquele que achar coisa alheia perdida a restituí-la ao dono ou ao legítimo possuidor, ou à autoridade competente (art. 1233). É certo que o descobridor fará jus a uma recompensa (art. 1234 do CC/2002), mas não poderá se apropriar da coisa perdida, sob pena de vir a responder pelo delito ora em exame.

A perda da coisa pode ser casual (acidental) ou provocada por terceiro. Somente haverá o delito em questão em caso de perda acidental. Nesse sentido, se terceiro provocar

a perda para posteriormente se apoderar da coisa, responderá pelo crime de furto qualificado pela fraude.

c.3) Consumação e Tentativa

O CP estabeleceu um prazo de quinze dias para a devolução da coisa, contados da descoberta, tendo ciência de que se trata de *res* perdida.

O crime estará consumado após os quinze dias (negativa de restituição). Assim, não excedido o prazo legal, não há que se falar em fato típico. Sendo desconhecido o proprietário da coisa, o agente deve entregá-la à autoridade competente.

Nada impede, porém, a configuração do delito antes daquele prazo, quando o agente realizar qualquer ato de disposição da coisa (apropriação indébita propriamente dita).

A tentativa só é cabível na apropriação indébita propriamente dita, sendo inadmissível na negativa de restituição.

9. Estelionato (Art. 171)

a) Tipo Penal Fundamental

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

[...]

b) Elementos do Crime – Adequação Típica

O tipo penal é formado pelo núcleo (verbo) “obter” e pelos elementos “para si ou para outrem”, “vantagem ilícita”, “prejuízo alheio”, “induzindo ou mantendo”, “alguém”, “erro”, “artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”.

O termo estelionato advém de “stellio”, que significa camaleão. A expressão dá a idéia exata do que ocorre neste delito. Como se sabe, o camaleão muda de cor, transformando-se, para conseguir fisgar suas presas. O mesmo ocorre com o estelionatário, o qual, se não muda de cor, utiliza a fraude, principal característica deste crime, para conseguir alcançar seu objetivo, enganando a vítima, ao induzi-la ou mantê-la em erro.

Desse modo, a conduta do sujeito é caracterizada precipuamente pelo emprego da fraude, da qual são espécies o artifício e o ardil. No primeiro caso, a fraude é cometida por meio de um recurso material (por exemplo, fazer-se passar de um funcionário de empresa de telefonia). No ardil, o sujeito vale-se de sua lábia, de uma “manha”, sem utilizar meios materiais. Fala-se, assim, que o artifício possui um aspecto material, enquanto o ardil é meio moral. Não se limitou, no entanto, o CP às formas artifício e ardil. Ao contrário, utilizou a chamada interpretação analógica, realizando uma enumeração casuística (artifício, ardil) seguida de fórmula genérica (qualquer outra fraude). Portanto, meio de cometimento do estelionato é a fraude, seja por qualquer de suas formas.

É imprescindível que a fraude seja apta a enganar a vítima, vez que sua inidoneidade ocasionará a figura do crime impossível (art. 17 do CP), por ineficácia absoluta do meio. Mas, cabe ressaltar, que o parâmetro para se aferir a idoneidade da fraude não deve ser o homem-médio, mas a própria vítima, com suas qualidades e aptidões pessoais. Assim, reconhece-se o crime em tela se a vítima vier a incidir no erro, por mais frágil que seja a fraude. Por exemplo, se a vítima receber como pagamento de uma dívida uma nota de mil reais (cuja inexistência em nosso sistema monetário, tornaria, em tese, inidônea a fraude) o crime de estelionato restará consumado, por mais débil que tenha sido a fraude

empregada. Por outro lado, se, nesta hipótese, o agente não conseguisse a vantagem ilícita, por ter a vítima imediatamente notada a fraude, haveria crime impossível pela ineficácia absoluta do meio. Portanto, a alegação de inidoneidade da fraude só tem cabimento nos casos de tentativa de estelionato, sendo descabida quando o agente tiver obtido a consumação do delito.

Nada obsta, ainda, que a vítima também tenha agido com torpeza. É o que ocorre na chamada fraude bilateral, na qual o ofendido, no caso concreto, também age com má-fé. De fato, discute-se se nesta situação haveria o delito de estelionato, predominando o entendimento de que a fraude bilateral não exclui o estelionato (Damásio, Capez, Mirabete). Contudo, existe posição em sentido contrário, sustentando estar excluído o crime (Hungria), que, a nosso ver, não pode subsistir. Ora, não há como falar em ausência do estelionato pelo só emprego da fraude bilateral. Se assim fosse, os famosos casos de conto-do-vigário (ex: bilhete premiado), nos quais a vítima se deixa levar pela fraude, pressupondo estar também enganando o agente (ex: troca a bolsa pelo falso bilhete premiado, aceitando a permuta por acreditar estar levando vantagem), não seriam incriminados, o que estimularia a sua prática. Conforme leciona Mirabete, não se pode ignorar a má-fé do autor, nem o fato de ter se locupletado à custa da vítima, causando-lhe prejuízo.

A fraude é empregada para que o agente obtenha vantagem ilícita em prejuízo alheio. Ainda que existam posições contrárias, entende-se que a vantagem buscada pelo sujeito é a patrimonial. A discussão sobre a natureza da vantagem visada pelo agente existe devido ao fato de o CP não ter, como fez no crime de extorsão (art. 158), se referido à “vantagem econômica”. Mas há que se levar em conta que o delito de estelionato está inserido no Título II da Parte Especial do CP que trata dos crimes contra o patrimônio. Por sua vez, se for devida a vantagem buscada pelo agente, haverá o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345), restando descaracterizado o estelionato.

A vantagem pode ser auferida pelo próprio agente que empregou a fraude ou por terceiro. Neste último caso, ambos são sujeitos ativos do estelionato. Exige-se apenas que o sujeito ao qual se destinou a vantagem tenha conhecimento da sua origem fraudulenta. Caso contrário, sua conduta será atípica. Assim, por exemplo, se recebeu a vantagem a título de doação do estelionatário, sem que tivesse conhecimento da sua origem ilícita, não será responsabilizado pelo crime de estelionato.

A seu turno, é possível a existência de dois sujeitos passivos no delito em questão: o que é enganado (submetendo-se à fraude) e aquele que sofre o prejuízo patrimonial. As vítimas do delito devem ser determinadas, pois, no caso de sujeitos passivos indeterminados, há crime contra a economia popular e não o do art. 171 do CP.

A vítima é enganada para ser mantida ou induzida a erro, que é a falsa percepção da realidade. Induzir ao erro significa levar a vítima a incidir na falsa representação da realidade; manter em erro é não a retirar desta situação, dela se aproveitando.

É comum que o agente se valha de uma falsificação como meio de cometimento do crime de estelionato. Nestes casos, há relevante divergência, se o agente responderia por ambos os delitos, falsificação e estelionato, em concurso, ou por apenas um deles. Na verdade, podem-se apontar as seguintes correntes:

a) a falsidade de documento público (art. 297 do CP) absorve o estelionato, por ser mais grave do que este (RT 581/312);

b) o estelionato absorve o falso, quando este se exaurir com a prática daquele (é a posição expressa na Súmula 17 do STJ); *a contrario sensu*, admite-se o concurso de crimes, se a falsificação permanecer potencialmente idônea para a prática de outros delitos (Mirabete). Neste sentido: HC 45.900/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 11.10.2005, DJ 28.11.2005 p. 323; HC 24.059/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 27.05.2003, DJ 12.08.2003 p. 261. O primeiro caso (HC 45.900/SC) tratava de falsificação de CTPS para fins de recebimento indevido de benefício previdenciário. Considerou o STJ que as anotações falsas no documento em questão não se exauriam no estelionato, pois poderiam servir, “no mínimo, para contagem de tempo de serviço para requerimento de outros benefícios, não tendo sua potencialidade lesiva limitada à obtenção ilícita tentada nos autos”;

c) há concurso formal de crimes (é a posição atual do STF – RT 737/545; 735/532; 582/399; RHC 83990/MG, Rel. Min. Eros Grau, DJ 22-10-2004 p. 018; HC 73386/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 13-09-1996 p. 33232);

d) há concurso material (era o entendimento anterior do STF – RTJ 85/491).

De acordo com Damásio, tecnicamente deveria ser observado o concurso material de delitos, pois o concurso formal exige unidade de conduta, o que não ocorre na espécie, na qual existe pluralidade de comportamentos, normalmente distanciados no tempo.

Reconhece o mestre, entretanto, que a jurisprudência, por uma questão de justiça, atualmente reconhece ou o concurso formal ou a existência de uma única infração.

A razão, a nosso ver, está com o STJ. Com efeito, há falsidades que são realizadas apenas para servirem de meio para o cometimento do estelionato, como existem outras que não se exaurem neste delito, continuando a lesar a fé pública. Por outro lado, não se deve admitir que um crime meio (no caso a falsificação) absorva um crime fim (estelionato), nem que o agente seja punido duas vezes pelo mesmo fato, o que ocorreria na aplicação de concurso de crimes quando a falsidade tiver servido apenas para a prática do estelionato. Ademais, não se permite à isenção de responsabilidade do sujeito quando a falsidade tiver lesado a fé pública e o patrimônio, quando se admitiria a cumulação formal.

A questão também não se resolve pela solução trazida pela primeira corrente (o falso absorve o estelionato), porquanto os tipos penais tutelam bens jurídicos diversos – o estelionato, o patrimônio; a falsidade, a fé pública –, o que torna inaplicável o princípio da subsidiariedade.

Assim, a solução dependerá do caso concreto.

No caso, por exemplo, de o agente apresentar documento falso para tentar enganar a previdência social, com o fim de receber fraudulentamente algum benefício, haverá apenas o estelionato, vez que a falsidade se exauriu no crime do art. 171 do CP.

No entanto, apresentando o sujeito um documento de identidade falso (ou CTPS, como no caso do HC 45.900/SC) para realizar compras, responderá tanto pelo crime do art. 297 (falsificação de documento público) como pelo estelionato em concurso formal (por uma questão de justiça, como lembra Damásio, pois tecnicamente deveria haver o cúmulo material), pois não se pode dizer, na espécie, que a falsidade se exauriu neste delito.

É imprescindível que o enganado tenha capacidade de discernimento. Assim, se a fraude for empregada contra menor ou contra débil mental, restará configurado o crime de abuso de incapazes (art. 173), delito mais grave do que o estelionato, ante a maior reprovação social da conduta do agente neste caso.

Por fim, destaca-se que os casos de jogos de azar, não autorizados por lei, só configuram a contravenção penal do art. 50 da LCP, se mantido o fator sorte, pois se esta for eliminada, restará configurado o estelionato.

c) Consumação e Tentativa

O estelionato estará consumado quando o agente obtiver a vantagem ilícita, tratando-se de crime material. De fato, o núcleo do tipo de estelionato é o verbo “obter”, o que indica

só estarem reunidos todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I, CP), quando o agente, empregada a fraude, auferir indevida vantagem econômica, causando prejuízo à vítima.

A consumação, de acordo com a doutrina dominante, baseia-se no binômio “vantagem ilícita - prejuízo alheio”. Sem ele o crime não estará consumado, respondendo o agente pelo delito na modalidade tentada. No entanto, há de se questionar que uma indevida vantagem econômica sempre trará prejuízo a alguém, mesmo que não seja a pessoa enganada. Portanto, deve entender-se como consumado o delito quando o agente obtém a vantagem ilícita (entendida como indevida vantagem econômica), pois, neste caso, presume-se o prejuízo alheio.

A tentativa é possível quando, empregada a fraude (que deve ser idônea, como já visto), o agente não obtiver a vantagem ilícita, por circunstâncias alheias à sua vontade. A doutrina reconhece também a possibilidade de tentativa quando o agente, obtendo a vantagem ilícita, não causar prejuízo alheio. Todavia, como já ressaltamos, não há como aceitar tal entendimento, vez que a toda vantagem indevida corresponderá um prejuízo, ainda que não seja da vítima enganada.

d) Estelionato Privilegiado (§1º)

Art. 171 - [...]

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

Pela expressa disposição do §1º, o CP permitiu a aplicação dos benefícios concedidos ao furto privilegiado (art. 155, §2º, CP), quando o criminoso fosse primário e de pequeno valor o prejuízo.

Sobre o conceito de primariedade, vide as observações acerca do crime de furto privilegiado.

Por outro lado, diferentemente do que fez no crime de furto, o CP não se referiu à “coisa” de pequeno valor, mas a “prejuízo” de pequeno valor, o que levou parte da doutrina (posição minoritária) a reconhecer o privilégio levando-se em conta a situação patrimonial da vítima. Predomina, porém, acertadamente, o entendimento de que o parâmetro para aferição do valor autorizador à concessão do benefício é o de um salário-mínimo, pois o CP utilizou, no estelionato, a expressão “prejuízo” para alcançar bens móveis e imóveis, tendo

empregado, no furto, o termo “coisa” por alcançar somente os bens móveis. Nesse sentido: STJ – HC 9.199/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17.06.1999, DJ 16.08.1999 p. 84.

O critério do salário mínimo, todavia, não é rígido, podendo ser flexibilizado em determinadas situações, mormente quando a vítima possui poucos recursos financeiros.

No caso de tentativa, o pequeno prejuízo deve ser aferido de acordo com aquele que adviria em caso de consumação do delito. Entendimento contrário transformaria toda tentativa de estelionato em estelionato privilegiado. Ou seja, no caso de tentativa, leva-se em conta o prejuízo que o agente causaria à vítima, e não conseguiu por circunstâncias alheias à sua vontade.

Além disso, o momento próprio para a aferição do prejuízo deve ser a prática do fato, pois, “do contrário, eventual ressarcimento posterior sempre significaria a incidência do privilégio, descaracterizando, assim, a figura do art. 171, *caput*” (STJ - REsp 74.895/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 14.05.2002, DJ 10.06.2002 p. 239). Não se aceita, portanto, o entendimento segundo o qual o prejuízo deve ser medido pelas conseqüências do fato, vez que todo estelionato tentado, neste caso, seria privilegiado, porque inexistente o prejuízo à vítima.

Presentes os requisitos, o juiz está obrigado a conceder o benefício. O privilégio consiste na: - substituição da pena de reclusão por detenção; - diminuição de uma a dois terços da pena; - aplicação somente de pena de multa.

Ainda que o juiz esteja obrigado, se presentes os requisitos legais, a reconhecer o privilégio, a escolha de qual benefício será concedido é ato discricionário do juiz, o qual, inclusive, poderá deferi-los cumulativamente, de acordo com entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante.

e) Reparação do Dano no Estelionato

Apesar de não ter forças para tornar cabível a aplicação do estelionato privilegiado, conforme já visto, a reparação do dano poderá ocasionar outros efeitos no delito de estelionato, a depender do momento em que for efetuada.

Nesse sentido, se reparado o dano, de forma voluntária, pelo agente antes do recebimento da denúncia estará configurado o arrependimento posterior (art. 16), causa de diminuição de pena obrigatória de pena (de um a dois terços), que poderá reduzir a pena inclusive abaixo do mínimo legal.

Caso a reparação do dano ocorra durante a ação penal, mas após o recebimento da denúncia, o juiz deve considerá-la como circunstância atenuante (art. 65, III, b, CP).

Porém, na modalidade fraude no pagamento por meio de cheque (art. 171, §2º, VI), a reparação do dano, conforme se verá em momento oportuno, exclui a punibilidade do próprio crime, na forma da Súmula 554 do STF.

f) Figuras Assemelhadas ao Estelionato (§2º)

O CP, no §2º do art. 171, equiparou seis condutas à figura do estelionato, as quais, a despeito de constituírem o delito em sua forma fundamental, prevista no *caput*, ganharam do legislador regramento específico. No entanto, os princípios referentes ao estelionato, em sua forma básica (*caput* do art. 171), no que aplicáveis, valem para as figuras do §2º.

Assim, os mesmos elementos constitutivos do estelionato, em sua modalidade fundamental, em especial o emprego da fraude, encontram-se nas condutas descritas no §2º.

As condutas serão analisadas a seguir:

f.1) Disposição de coisa alheia como própria

Art. 171. [...]

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

[...]

O ato de dispor coisa alheia como própria configura a figura delitiva prevista no inciso I do § 2º. A primeira conduta tipificada refere-se à venda, que consiste na transferência de propriedade da coisa em face de um preço. A segunda é permutar, que se refere na troca. As demais concernem na dação em pagamento e em garantia e na locação.

Caracteriza-se o crime em tela pela má-fé do sujeito ativo e correspondente boa-fé da vítima. Ou seja, exige-se a “antagônica relação de subjetividade: a má-fé do sujeito ativo *versus* a boa-fé do sujeito passivo” (Bitencourt).

Objeto do crime é a coisa alheia móvel ou imóvel, vez que o legislador, diversamente do que fez com outros delitos (furto e apropriação indébita, por exemplo),

não se referiu exclusivamente à bem móvel, o que, à evidência, indica não ter sido a sua vontade excluir, de plano, os bens imóveis do delito em tela.

Assim, por exemplo, o locatário que vende o imóvel locado como se fosse seu pratica o crime de estelionato, na modalidade em exame, e não apropriação indébita.

O crime, nesta modalidade, não estará consumado no ato de disposição da coisa, mas com a obtenção da vantagem ilícita. Trata-se de crime material. Desse modo, na jurisprudência, não se considerou consumado o delito, quando o agente que tinha dado a coisa alheia como própria em pagamento de dívida, não conseguiu obter a quitação da dívida, ante a descoberta da fraude (JTACRIM 88/328).

A tentativa será possível quando, iniciado o ato de disposição, o agente não conseguir obter a vantagem ilícita.

Sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, enquanto que a vítima será o comprador de boa-fé, bem como o próprio proprietário da coisa, isto é, quem sofrer o prejuízo.

Há relevante questão acerca se o autor do crime antecedente (roubo, extorsão, furto, estelionato, por exemplo), ao dispor da coisa objeto deste delito, vendendo, permutando ou dando em pagamento, em locação ou em garantia, deveria responder pelo tipo do art. 171, §2º, I, do CP, ou se tal conduta constituiria um *post factum* impunível.

Mirabete, Fragoso e Rogério Greco posicionam-se no sentido de que a referida disposição da coisa é mero exaurimento do crime anterior, constituindo um fato não punível. Há vários julgados neste sentido (RT 539/319, 556/345, 562/347; JTACrSP 42/292, 46/355, 60/337, 68/345-346), sendo esta a posição dominante na jurisprudência.

De fato, há que se concordar com Greco, pois *“o autor da subtração pratica essa conduta, algumas vezes, com a finalidade de transformar o objeto furtado em dinheiro. Não lhe interessa, por exemplo, utilizar o retrovisor ou o aparelho de som por ele subtraídos, mas, sim, a sua subtração, pelo valor que eles representam”*.

Por outro lado, Noronha, Damásio, Assis Toledo e Luiz Flávio Gomes defendem a tipificação daquela conduta, pugnando pela existência de concurso material entre o crime anterior e o estelionato (art. 171, §2º, I). Sustentam que os sujeitos passivos são diferentes nas duas ações. No primeiro delito, consumado com a posse da coisa, vítima é o proprietário da *res*. No segundo, que se consuma com a disposição do bem, o ofendido é o terceiro de boa-fé que vem a adquirir a coisa. Assim, tratando-se de condutas que atingem

vítimas diversas, consumando-se em momentos distintos, não há como deixar de reconhecer o concurso material na situação em questão. Nesse sentido: RT 701/300.

Por outro lado, se o furto for meio de cometimento para o estelionato será por este absorvido. É o que ocorre, por exemplo, quando o agente subtrai talhões de cheques para posteriormente repassá-los ao comércio. Isto porque, a primeira conduta (subtração dos cheques), por si só, sem a utilização das cartões, não é suficiente para induzir terceiros em erro, ou causar prejuízo à vítima. Somente a sua utilização, para obter vantagem ilícita, é que produz prejuízo a outrem. Neste sentido: TJDF - APR1936598, Relator Arnaldo Camanho de Assis, 2ª Turma Criminal, julgado em 06/12/2001, DJ 13/03/2002 p. 97. Observe que a subtração de cheques, por si só, não traz um prejuízo patrimonial a vítima. Diversa, porém, será a solução, devendo ser reconhecido o concurso de crimes entre furto e estelionato, quando a subtração já tiver trazido um prejuízo à vítima. Assim, por exemplo, suponha que o agente subtraia uma bolsa, na qual contenha, além de talionário de cheque, dinheiro, vales-transporte, tickets-alimentação e documentos pessoais pertencentes a vítima. Caso venha, posteriormente, a utilizar as cartões responderá, em concurso material, pelos crimes de furto (em razão da subtração) e estelionato (emissão dos cheques). A propósito, confira a seguinte decisão do TJDF: APR1978199, Relator Otávio Augusto, 1ª Turma Criminal, julgado em 03/02/2000, DJ 12/04/2000 p. 31.

f.2) Alienação ou Oneração Fraudulenta de Coisa Própria

Art. 171. [...]

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

[...]

Nesta hipótese, comete o delito (sujeito ativo) o próprio proprietário da coisa, que não pode aliená-la, trocá-la, dá-la em pagamento ou em garantia, em virtude de lei ou convenção, que a torna impassível destes atos. Observa-se que, na modalidade em tela, o objeto material do delito é a coisa própria, diferenciando essencialmente neste aspecto da figura do inciso anterior que trata de coisa alheia.

Sujeito passivo é quem recebe a coisa nas condições previstas no tipo penal. Bitencourt afirma ser também vítima do delito em exame, na última hipótese (imóvel prometido a terceiro), o promitente comprador. Todavia, há de se lembrar que o promitente comprador não terá nenhum prejuízo, vez que o contrato subsequente é nulo, pois viciado, ficando mantida a promessa de compra e venda (RT 574/339). Do mesmo modo, o credor hipotecário não é sujeito passivo deste delito, mas sim a pessoa que adquire o imóvel nestas condições (RT 556/315).

Vítima do delito em questão, portanto, é quem sofre o prejuízo, advindo pela fraude perpetrada pelo proprietário da coisa.

O silêncio do agente é o requisito imprescindível à configuração do delito, sendo elementar do delito em tela. Assim, se o proprietário contar ao adquirente acerca do referido ônus, não há de se falar em crime (RT 397/58).

Do mesmo modo, se o adquirente tiver conhecimento do ônus que incide sobre a coisa, o fato será atípico, pois não estará sendo induzido ou mantido em erro. Todavia, se entre ele e o proprietário restar caracterizado o conluio para prejudicar terceiro estará configurado o estelionato. Para Mirabete, nesta última situação o crime estaria configurado na modalidade de alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria. No entanto, em nosso entendimento, restaria configurado, no caso, o delito de estelionato, mas em sua forma fundamental prevista no *caput* do art. 171 do CP, pois não há como tipificar referida conduta no inciso II do §2º do art. 171, ante a ausência da elementar “silêncio”.

O crime consuma-se com a obtenção da indevida vantagem econômica, tratando-se de delito material. É perfeitamente possível a figura da tentativa.

f.3) Defraudação de Penhor

Art. 171. [...]

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

Defraudação de penhor

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

[...]

Nesta espécie, o sujeito ativo do crime é o devedor que, a despeito do penhor que sobre ela recai, mantém a posse da coisa em depósito, vindo, porém, a defraudar o ônus pignoratício.

A conduta consiste na defraudação do penhor, a qual poderá ser efetivada por meio de alienação não consentida ou por outro modo. Assim, por exemplo, comete o delito em questão não só aquele que, conservando a posse da coisa em depósito, a aliena em prejuízo do credor, como também o que, dolosamente, nestas condições, destrói, desvia, oculta, abandona, inutiliza a coisa.

Constitui elemento do delito em exame a ausência de consentimento do credor pignoratício, sujeito passivo deste crime. Assim, se o credor concordar com a alienação ou com a defraudação do penhor, a conduta será atípica. Conforme leciona Bitencourt, “o consentimento do ofendido, representando a ausência do elemento normativo do tipo, afasta a tipicidade da conduta do sujeito ativo”.

O crime consuma-se com a defraudação do penhor, isto é, com a alienação, destruição, desvio, inutilização, etc, da coisa. Para Hungria é necessária também a correspondente obtenção da vantagem ilícita do agente para a consumação do delito. No entanto, conforme lembra Mirabete, esta vantagem em certos casos inexistirá como na destruição da coisa. Assim, consuma-se o delito independentemente de efetiva superveniência de vantagem patrimonial para o agente (Fragoso).

A tentativa é perfeitamente possível, quando o agente não conseguir a defraudação por circunstâncias alheias à sua vontade.

Discute-se se o depositário que vende a coisa penhorada pratica algum crime. É certo que penhora não se confunde com penhor, pois enquanto este constitui ônus real sobre o bem, aquela é instituto de natureza processual. Podem-se apontar três posições sobre o tema: a) a venda caracteriza o crime de fraude à execução, previsto no art. 179 do CP (RT 282/101). É a nossa posição; b) a venda configura o crime de estelionato, na modalidade alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria (RT 417/247; JTACrSP 10/297); c) a venda não constitui crime (RT 608/368; RT 640/311).

f.4) Fraude na Entrega de Coisa

Art. 171. [...]

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

Fraude na entrega de coisa

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

[...]

Nesta espécie, o sujeito ativo do crime é o devedor que tem a obrigação jurídica ou obrigacional de entregar a coisa.

A ação nuclear é defraudar, que significa trocar, adulterar ou alterar. O elemento do tipo “deve” indica a existência de uma obrigação entre o agente e a vítima, referente ao dever de entregar a coisa. Esta obrigação pode decorrer de lei, contrato ou ordem judicial.

A defraudação pode ocorrer em razão da substância (essência da própria coisa, ex: trocar ouro por bijuteria), qualidade (ex: entregar um produto de marca inferior) ou quantidade da coisa.

É necessária a presença da fraude na conduta do agente, empregada como forma de garantir ao agente uma vantagem ilícita, não bastando à configuração do delito o mero descumprimento contratual. Conforme cita Mirabete, decidiu-se que a simples falta de quantidade ou de qualidade da coisa não basta para compor o crime quando não ocorrer a fraude (RT 436/406). Ou seja, deve-se provar que a não entrega da coisa, nas condições previstas na lei, no contrato ou na determinação judicial, decorreu da própria vontade do agente, o qual buscou com tal ato uma vantagem ilícita em detrimento de prejuízo alheio.

A consumação ocorre não com a defraudação, mas com a entrega da coisa defraudada. Assim, havendo a defraudação, mas recusando-se o credor a receber a coisa, haverá tentativa do delito em questão, restando afastada a hipótese de consumação.

f.5) Fraude para Recebimento de Indenização ou Valor de Seguro

Art. 171. [...]

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

[...]

Sujeito ativo deste delito é o segurado, proprietário da coisa ou que causa lesão em si, com a intenção de receber indenização ou valor de seguro. Trata-se de crime próprio. Nada impede, porém, o concurso de agentes.

No caso de terceiro (partícipe) lesar o corpo do segurado para ambos receberem o seguro, ele deverá responder pelo delito de lesão corporal em concurso formal com o crime de estelionato. Isto porque a integridade física e a saúde são bens jurídicos

indisponíveis, respondendo o agente pela ofensa mesmo no caso de consentimento da vítima.

Se o agente que praticar a fraude não for o beneficiário do seguro, entende-se que haverá estelionato em sua forma fundamental e não na modalidade em exame. Nesse sentido, Noronha e Mirabete afirmam, com razão, que, como o CP se referiu à expressão “intuito de haver”, o tipo alcança apenas o proveito próprio. Assim, quando a fraude for empregada para proveito alheio, haverá o crime do *caput* do art. 171. Damásio, por sua vez, possui entendimento contrário. A divergência, aparentemente de reduzida importância prática, vez que, em uma ou outra hipótese, haverá o crime de estelionato, é extremamente relevante, pois, conforme se verá, o tipo do *caput* e o em comento possuem momentos consumativos distintos.

O delito é cometido ou por meio da destruição ou ocultação da coisa própria, ou pela lesão ao próprio corpo ou à saúde, ou, ainda, com o agravamento das conseqüências da lesão ou doença.

Trata-se de crime formal. Não há a necessidade que o agente venha a receber o prêmio de seguro, bastando a “destruição, ocultação, lesão ou agravamento”. Ou seja, o crime consuma-se com a prática do ato, sendo irrelevante que consiga ou não a indevida vantagem. Diferencia-se, neste ponto, do tipo previsto no *caput*, pois este só se consuma com a obtenção do resultado, enquanto aquele com a prática do ato de destruição, lesão ou agravamento, presente a finalidade especial. Portanto, o recebimento do seguro é mero exaurimento da conduta.

Assim, se o sujeito cortar um membro de seu corpo, com o fim de receber valor de seguro, responderá pelo delito na forma consumada, ainda que não obtenha a vantagem desejada.

Por outro lado, se tentar o suicídio para deixar o valor de seguro para a família, e vir a sofrer apenas lesão, responderá pelo delito do *caput* na forma tentada. É que, conforme ressaltado anteriormente, o crime de estelionato, na modalidade fraude para recebimento de seguro, somente se caracteriza quando o agente que emprega a fraude é a pessoa beneficiária do seguro. Caso contrário, incide a forma fundamental prevista no *caput*. No entanto, este tipo (o do *caput*), diversamente da forma em exame, é delito material, só se consumando quando o agente conseguir “obter” a indevida vantagem econômica.

A tentativa é possível, por exemplo, quando o agente é surpreendido no momento em que iria lesar a coisa própria, restando comprovada a intenção de receber o prêmio de seguro.

f.6) Fraude no Pagamento por Meio de Cheque

Art. 171. [...]

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

[...]

Cuida-se de um dos delitos de ocorrência mais comum na vida moderna (Mirabete), ante a utilização corriqueira do cheque nas relações comerciais.

O tipo é praticado mediante duas condutas, tratando-se de crime de ação múltipla: “emitir” ou “frustrar”. No primeiro caso, o sujeito emite o cheque sem provisão de fundos, ou seja, coloca o título em circulação para efeito de pronto pagamento, não tendo suficiente saldo bancário. Na segunda situação, o agente possui provisão de fundos, mas, agindo fraudulentamente, retira a quantia antes do saque do cheque ou lhe susta (contra-ordem) o pagamento.

É certo que, tratando-se de modalidade de estelionato, o crime só existirá quando presente a má-fé, consubstanciada na fraude do agente. Cabe observar que o termo “fraude” integra o próprio nome do delito, sendo, portanto, seu elemento constitutivo, ainda que não expressamente previsto no tipo penal.

Nesse sentido, o STF editou a Súmula nº 246, segundo a qual “comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheques sem fundos”.

Assim, nas hipóteses em que houver apenas promessa de pagamento (RT 486/349, 520/482; RT 329/199, 510/435), como é o caso dos chamados cheques “pré ou pós-datado”; ou quando o título tiver sido dado como mera garantia de dívida (RTJ 76/448, 108/178; RT 329/79, 330/195, 414/274, 592/395 e 445, 659/322; JSTJ 31/355; RF 257/273); ou mesmo como substituição a outros títulos de crédito (RTJ 77/143; RT 575/372, 574/419, 564/426, 433/392, 529/367; RF 258/386); ou, ainda, para pagamento de dívida preexistente (RT 412/718, 510/351, 631/315); não haverá o delito em questão,

mas mero ilícito civil, restando descaracterizada a fraude penal, pressuposto à configuração do tipo incriminador.

Cumprе lembrar que o ônus de provar a ausência de fraude, nas referidas situações, é do emitente, eis que há a presunção legal de que o título foi emitido como ordem de pagamento à vista (RT 540/348, 523/475).

Não há a possibilidade de ocorrência deste delito, nos casos de cheque visado e de cheque marcado. Isto porque, no primeiro caso, o sacado atestou a existência de fundos, e, desse modo, se tornou o próprio devedor do título. No segundo, o sacado designou data para o pagamento do cheque, não há sendo possível ao emitente frustrar a quitação do título.

Quanto aos chamados “cheques especiais”, é possível a existência do delito quando o emitente ultrapassar o valo do crédito colocado à sua disposição (STJ; RHC 1.536/SP, DJU 18/11/91, Pg. 16.530).

Cabe destacar que a emissão de cheque furtado ou de conta-corrente encerrada configura o estelionato em seu tipo fundamental previsto no *caput*, e não na modalidade de fraude no pagamento por meio de cheque, ora em análise. Do mesmo modo, o pagamento realizado por meio de cheque emitido por terceiro.

Sujeito ativo do delito em tela é o emitente do cheque. Quanto ao endossante, ainda que existam posições em sentido contrário (Noronha), prevalece o entendimento segundo o qual é impossível responsabilizá-lo por este delito, havendo a possibilidade de incriminá-lo pelo tipo fundamental previsto no *caput*. O avalista do emitente, no entanto, pode cometer o delito quando tiver contribuído com a fraude, no momento na elaboração do cheque (Dirceu de Mello, Mirabete). Comete o delito, também, na qualidade de partícipe e não co-autor, aquele que induz ou instiga a vítima, convencendo-a a receber o cheque, mesmo sabendo da inexistência de provisão de fundos.

Vítima do delito é quem sofre o prejuízo, ou seja, o beneficiário (tomador) do cheque.

O crime consuma-se com a recusa do pagamento pelo sacado (Banco), e não com a emissão ou circulação do cheque. É a orientação do STF e do STJ, que se extrai nas Súmulas 521 e 244, respectivamente, as quais dispõem que a ação penal deve ser processada no local da recusa do pagamento. Como o foro competente para o processo e julgamento, de acordo com o art. 70 do Código de Processo Penal, é o lugar onde se consumou a infração,

entendem as Cortes Superiores que a consumação se dá, portanto, no local da recusa do pagamento.

Trata-se, pois de delito material, exigindo a realização do fim visado pelo agente.

É possível a tentativa nos dois núcleos do tipo, emissão e frustração de cheques. No primeiro caso, o próprio sacado ou terceiro podem realizar o pagamento. Na segunda hipótese, quando o sacado não conseguir efetuar a contra-ordem (ex: carta é extraviada) por circunstâncias alheias à sua vontade.

No entanto, se o próprio agente ou um terceiro à sua ordem efetua o pagamento deve ser reconhecida figura do arrependimento eficaz, restando descaracterizada a tentativa.

O pagamento do cheque, em face de entendimento jurisprudencial, pode ter o efeito de excluir a própria punibilidade do delito. Nesse contexto, se a quitação da dívida ocorrer anteriormente ao recebimento da denúncia, tranca-se a ação penal por ausência de justa causa. É a orientação que se extrai da Súmula 554 do STF, a qual dispõe: “O pagamento do cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”.

Assim, a reparação do dano antes do recebimento da denúncia (no caso, o próprio pagamento do cheque) que em outros delitos, inclusive nas outras figuras de estelionato, só teria o condão de configurar o arrependimento posterior (art. 16 do CP), na modalidade do art. 171, §2º, VI, do CP, exclui a própria punibilidade do crime. Caso o pagamento seja realizado após o recebimento da denúncia somente haverá a incidência de circunstância atenuante genérica (art. 65, III, b).

Por outro lado, a reparação do dano antes do recebimento da denúncia não exclui o crime de estelionato praticado na sua forma fundamental (art. 171, *caput*), pois a Súmula 554 do STF se restringe ao crime de estelionato na modalidade de emissão de cheques sem fundos, prevista no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal (STJ - REsp 693.804/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 15.03.2005, DJ 04.04.2005 p. 347).

Por fim, prevalece na doutrina e na jurisprudência, o entendimento segundo o qual o cheque deve ter sido emitido para pagamento de dívida de origem lícita. Assim, não estará configurado o delito quando o cheque for pago em dívida de jogo proibido (RT 413/276, 506/389, 536/404) ou em razão de débitos imorais, como no caso daquele originado pelas relações sexuais mantidas com prostituta (RT 591/329).

Mas como lembra Mirabete, há no caso torpeza bilateral, a qual, como já visto, não tem o condão de excluir o crime (RT 629/323).

Entende-se correta esta última posição, pois, conforme afirma Dirceu Barros, em nenhum momento o CP se referiu à origem da dívida. Neste mesmo sentido: RT 585/316. Além disso, o pagamento de dívidas de jogos permitidos no Brasil, como, por exemplo, as decorrentes de jogos autorizados pela Caixa Econômica Federal, realizado por meio de cheque sem fundos, pode caracterizar a figura delitiva em questão, ante a exigibilidade deste débito.

g) Estelionato “Qualificado” (§3º)

Art. 171. [...]

§ 3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Apesar de conhecido como estelionato “qualificado”, o tipo previsto no §3º do art. 171, encerra uma causa de aumento de pena em face do sujeito passivo do delito. A majorante é aplicada tanto à figura do *caput* como às modalidades previstas no §2º.

A pena deve ser aumentada de um terço quando o crime for praticado contra entidade de direito público. São elas a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios, bem como suas autarquias e fundações públicas. O STJ, a propósito, editou a Súmula 24, segundo a qual incide a majorante quando o estelionato tiver sido cometido contra entidade autárquica da Previdência Social.

Por outro lado, excluem as sociedades de economia mista e as empresas públicas, as quais são pessoas jurídicas de direito privado. Assim, por exemplo, o estelionato cometido contra o Banco do Brasil S/A não poderá receber este aumento de pena.

Quanto à Caixa Econômica Federal (CEF), há certa divergência em relação à aplicação da majorante, porquanto a CEF é empresa pública, pessoa jurídica de direito privado, o que, *a priori* excluiria a aplicação da majorante. Ocorre que a causa de aumento de pena incide quando o delito tiver sido cometido em detrimento de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência. Nesse contexto, cumpre destacar que a CEF pode, em razão de suas finalidades, ser considerada como instituto de economia popular. Assim, nada impede que incida a majorante do §3º quando o estelionato tiver sido cometido contra a CEF, não por ser entidade de direito público (que efetivamente não é),

mas pelo fato de tratar-se de instituto de economia popular. Este é o entendimento do STF (RT 642/382) e do STJ (RSTJ 90/334, 93/386; RT 683/367).

h) Estelionato Contra Idoso (§4º) – Lei 13.228/2015

Art. 171. [...]

§ 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso.

A Lei 13.228/2015 criou uma majorante no crime de estelionato, quando este for cometido contra idoso, ou seja, contra pessoa maior de 60 anos de idade.

10. Receptação (Art. 180)

a) Tipo Penal Fundamental

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

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

[...]

b) Elementos do Crime – Adequação Típica

O tipo penal apresenta duas modalidades deste delito, conhecidas doutrinariamente como receptação própria e receptação imprópria.

Comete receptação própria aquele que adquire, recebe, transporta, conduz ou oculta coisa que sabe ser proveniente de crime. Nesta espécie, o crime em questão, originalmente, podia ser cometido por meio de três ações: adquirir (há inversão da propriedade da coisa); receber (não se transfere a propriedade); ocultar (colocar a *res* em um esconderijo). A Lei nº 9.426/96, no entanto, acrescentou duas novas ações ao tipo penal: conduzir (dirigir qualquer meio de transporte de locomoção) e transportar (deslocar a coisa de um lugar para outro).

Receptador impróprio é aquele que influi para que terceiro de boa-fé (este não sabe que a coisa é proveniente de crime) adquira, receba ou oculte a coisa. Cumpre destacar que o ato do agente consistente em influir terceiro de boa-fé a “transportar” ou “conduzir” coisa que sabe ser produto de crime não configura o delito de receptação imprópria, eis que tais condutas não foram incluídas no tipo penal, diferentemente do que ocorreu na receptação própria.

Ademais, se, nesta modalidade do crime em exame, o adquirente (terceiro) estiver de má-fé (sabendo que a coisa é proveniente de delito), deverá responder pelo crime de receptação própria (como autor), enquanto que o agente influenciador responderá também pela receptação própria a título de participação (induzir, instigar ou prestar auxílio). Isto porque constitui elementar do tipo penal de receptação imprópria a “boa-fé” do adquirente.

Objeto do delito de receptação é a coisa proveniente de crime. Há ponderável corrente doutrinária (Hungria, Noronha, Damásio, Bitencourt, Capez, Moura Teles, Nucci, entre outros) e jurisprudencial (STF – RTJ 97/148, 102/48; RT 546/413, 554/425) no sentido de que somente as coisas móveis podem ser objeto do delito em questão, pois só estas (e não

as imóveis) podem provir de crime anterior. Além disso, o termo “receptáculo”, do qual provém o tipo receptação, significa abrigo, esconderijo, e somente as coisas móveis podem ser ocultadas. Por fim, a conduta descrita no tipo penal pressupõe o deslocamento da coisa, o que exclui, por questão lógica, os bens imóveis.

No entanto, há de se lembrar que o CP, diversamente do que fez com outros delitos (furto e apropriação indébita, por exemplo), não se referiu exclusivamente à coisa móvel, o que, à evidência, indica não ter sido à vontade do legislador excluir, de plano, os bens imóveis do delito em tela.

Conforme lembra Mirabete, o *nomem juris* (receptação), por si só, não deve levar à conclusão de que o legislador quis se referir apenas às coisas móveis.

Em nosso entendimento, é um equívoco pensar que só as coisas móveis podem provir de crime anterior. Veja que o tipo em questão se refere a coisa “produto” de crime, sendo possível acreditar que coisas imóveis sejam produto de delito. Imagine, por exemplo, a aquisição por um grande traficante de drogas de um imóvel com o fruto do tráfico. Tal fato constituiria o crime descrito no art. 1º, I, da Lei nº 9.613/1998 (Crimes de “Lavagem” de Dinheiro), sendo o imóvel em questão produto deste delito. Suponha agora que terceiro de má-fé, com intenção de auferir vantagem econômica, viesse a adquirir ou a receber o referido imóvel. Deveria responder pelo crime de receptação ou sua conduta será atípica? A prevalecer o entendimento da primeira corrente o fato seria atípico.

De fato, conforme lembra Mirabete, é possível que um imóvel seja produto de crime de estelionato ou de falsidade. Não se pode esquecer, ainda, que produto do crime é tudo aquilo auferido pelo agente. Assim, se a coisa for trocado ou transformada em outra, mesmo em dinheiro, para depois ser transferida ao receptor, configurado estará o delito de receptação. Nesse sentido (Mirabete, Fragoso, Damásio, Bitencourt).

É certo que nas modalidades “conduzir”, “transportar” e “ocultar” faz-se necessário o deslocamento da coisa, mas nas demais (“adquirir” e “receber”) não há motivo para impor este requisito à consumação do delito.

Portanto, só se pode aceitar o entendimento segundo o qual as coisas imóveis não podem ser objeto do crime de receptação nos núcleos conduzir, transportar e ocultar, mas não se admite a sua exclusão das condutas adquirir e receber.

Se a coisa for proveniente de contravenção (e não de crime) o fato será atípico, conforme posição francamente dominante na doutrina. Não se exige que o crime anterior seja contra o patrimônio.

A expressão “sabe” indica a certeza do agente quanto à natureza da coisa; é o dolo direto. Desse modo, é necessário que o agente saiba (dolo direto) da origem ilícita da coisa e que a utilize em proveito próprio ou alheio. A má-fé (conhecimento da procedência criminosa da coisa) do sujeito deve ser aferida no momento da tradição da coisa. Assim, não há possibilidade, em tese, de responsabilizá-lo pelo delito de receptação se tiver recebido ou adquirido a coisa sem conhecer a sua origem ilícita. É que o dolo deve ser contemporâneo à obtenção da coisa, não se admitindo o chamado dolo subsequente (*subsequens*), consoante entendimento dominante na doutrina (Noronha, Mirabete, Damásio, Capez, Regis Prado, Delmanto), com o qual concordamos em parte.

Isto porque, conforme adverte Noronha, se, na hipótese, o agente continuar com a *res*, mesmo após ter ciência de sua procedência criminosa, estará cometendo o delito de receptação própria, na modalidade “ocultar”. Por sua vez, se vier a dispor da coisa, incidirá no crime de estelionato, na modalidade de disposição de coisa alheia como própria (art. 171, §2º, I, CP).

Em síntese, podem surgir as seguintes situações: a) o agente dispõe da coisa antes de saber que ela é proveniente de crime: não comete nenhum crime; b) o agente dispõe da coisa após conhecer que ela é proveniente de crime: comete, em tese, o crime de estelionato, na modalidade disposição de coisa alheia como própria (art. 171, §2º, I, CP); ou c) o agente permanece (oculta) a coisa mesmo depois de conhecer sua origem criminosa: comete o crime de receptação por ocultar coisa que sabe ser proveniente de delito.

É evidente, ainda, que, se o agente transportar ou conduzir a coisa, desconhecendo a sua origem ilícita, não haverá o delito de receptação, por ser a referida conduta atípica.

Sujeito passivo da receptação é a vítima do crime antecedente. Com efeito, a receptação atinge novamente o direito de propriedade já anteriormente violado, permanecendo “a situação antijurídica criada, e obstaculizando, ainda, a recuperação dos produtos obtidos pelo crime anterior”. (Regis Prado).

Por seu turno, sujeito ativo do crime é qualquer pessoa, com exceção da que praticou o delito anterior, regra que vale tanto para a receptação própria como para a imprópria. Assim, por exemplo, aquele que encomenda um furto para ficar com a coisa não comete o crime de receptação, devendo responder pelo crime de furto, como partícipe (aplicação da teoria restritiva) ou co-autor (se comandava a operação criminosa, aplicação da teoria do domínio do fato), e não pela receptação. Da mesma forma, se furta a coisa e depois

influencia terceiro de boa-fé a adquiri-la não será responsabilizado pela receptação imprópria.

Admite-se, inclusive, que o proprietário seja autor deste crime, quando, por lei ou convenção, não se encontrar na posse do bem e mesmo assim vier a incidir na conduta descrita no art. 180.

O crime de receptação, apesar de sua aparente semelhança, não se confunde com o delito de favorecimento real (*Art. 349. Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime [...]*). Com efeito, na receptação, o agente tem a intenção de lucrar (*animus lucrandi*), o que não ocorre no delito de favorecimento real, no qual o sujeito apenas tem apenas a intenção de auxiliar o criminoso. Além disso, no primeiro crime, há ofensa ao patrimônio; no segundo, à Administração da Justiça.

Possível, ainda, falar-se em receptação em cadeia (“receptação da receptação”). Parte da doutrina (Hungria e Noronha) exige, neste caso, que a coisa tenha mantido a sua natureza criminosa. Assim, por exemplo, se terceiro de boa-fé adquiriu a coisa e repassou a outra pessoa, não há de se falar em receptação, ainda que esta tenha conhecimento da origem ilícita da *res*. No entanto, há de se concordar com a corrente segundo a qual todos aqueles que participaram das sucessivas negociações envolvendo o objeto, e que tinham ciência da sua origem criminosa deverão responder pela receptação (Victor Rios e Capez).

Por fim, é comum que o agente adquira várias coisas objeto de um mesmo crime ou mesmo de diversos delitos. Neste caso, se a tradição (aquisição, recebimento) ocorrer em momento único, haverá apenas um delito de receptação. Caso contrário, existindo aquisição em várias oportunidades, haverá concurso de crimes de receptação (concurso material ou crime continuado, conforme o caso).

c) Consumação e Tentativa

O delito de receptação própria consuma-se com a tradição da *res*. A tentativa ocorre quando a tradição da coisa não se realiza, por circunstâncias alheias à vontade do agente.

A receptação imprópria consuma-se com o ato de influir, não sendo necessário que o terceiro de boa-fé adquira, receba ou oculte a coisa. A tentativa, nesta modalidade, é inadmissível, por ser o delito unissubsistente, praticado num único ato, não se podendo fracionar a conduta do agente. Ressalte-se que a conduta do agente deve ser idônea a

influenciar o terceiro de boa-fé a adquirir a coisa, pois, em caso de meio inidôneo, haverá a hipótese de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio,

Nucci critica a posição majoritária, defendendo a possibilidade de tentativa na receptação imprópria. O autor faz a seguinte distinção: “se o agente conseguir influenciar o terceiro num único ato, é evidente ser unissubsistente a conduta, não admitindo a tentativa; entretanto, se utilizar vários atos para inspirar o terceiro à prática das condutas de adquirir, receber ou ocultar, pode dar-se a forma plurissubsistente e, conseqüentemente, haver tentativa”.

d) Receptação Qualificada (§1º)

Art. 180. [...]

Receptação qualificada

§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.

§ 2º - Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência.

[...]

O §1º do art. 180, com redação dada pela Lei nº 9.426/96, criou a figura conhecida como “receptação qualificada”. Na verdade, trata-se de um tipo autônomo, pois ampliou as condutas descritas no *caput*, incluindo os núcleos “ter em depósito”, “desmontar”, “montar”, “remontar”, “vender”, “expor à venda”, além de não ter se referido à expressão “sabe”, utilizada no *caput*, mas a “que deve saber”.

Ademais, na forma prevista, é um crime próprio, diferentemente da receptação (própria ou imprópria), que só pode ser cometido por comerciante (no exercício de sua profissão) ou equiparado na forma do §2º do art. 180 do CP.

O tipo é bem mais grave do que a receptação contida no *caput* do art. 180, tendo sido criado precipuamente para coibir atividades de vendas e desmanches de automóveis roubados ou furtados.

Parte da doutrina (Hungria) entende que a expressão “sabe” indica certeza, referindo-se ao dolo direto do agente. Já “deve saber” significa incerteza, expressando o dolo eventual do sujeito.

Na verdade, referidos termos são elementos do tipo penal, indicando o primeiro (“sabe”) a certeza do agente, enquanto o segundo (“deve saber”) a incerteza, a dúvida.

Conforme visto, o legislador utilizou-se do termo “que deve saber” para tipificar a conduta. Por sua vez, na receptação própria e na imprópria, definidas no *caput* do art. 180, o agente “sabe” que a coisa é produto de crime.

De acordo com Damásio, o comerciante que “sabe” ser a coisa proveniente de delito deve responder pelo tipo penal do *caput*, vez que o §1º (receptação qualificada) só previu a conduta daquele que “deve saber”, porquanto, em razão da tipicidade estrita, não se poderia incriminá-lo pela figura qualificada (§1º). Além disso, caso o comerciante (ou equiparado), no exercício de sua função, venha a adquirir (receber, etc.) coisa que “deve saber” ser proveniente de crime, deverá responder pelo tipo do §1º, utilizando-se, no entanto, a pena do *caput*, em obediência ao princípio da individualização da pena. Ou seja, em nenhuma hipótese, haveria a aplicação integral do §1º do art. 180 do CP. No mesmo sentido, manifesta-se Delmanto.

Com efeito, a conduta do agente que sabe ser a coisa proveniente de delito é mais reprovável daquele que deve saber. Desse modo, em razão dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, ao agente que sabe ser a coisa proveniente de delito se tem que cominar uma pena maior da daquele que deve saber, pois condutas mais graves requerem penas igualmente mais graves.

Porém, prevalece o entendimento de que o §1º, ao dispor acerca da conduta daquele que “deve saber” (dolo eventual), também abrangeu a do agente que “sabe” (dolo direto). Neste caso, apenas se faz uma interpretação declarativa e não extensiva, restando afastada a alegação de ofensa à tipicidade estrita. Nesse sentido: Capez, Nucci e Regis Prado. É também a nossa posição. O STF e o STJ comungam deste mesmo entendimento.

d) Receptação Culposa (§3º)

Art. 180. [...]

§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas.

[...]

A receptação culposa está prevista no §3º do art. 180. Conforme já ressaltado anteriormente, em regra, o tipo culposo é aberto, pois nele não há a descrição exata da

conduta que o configura (ex: homicídio culposo: “se o homicídio é culposo”). Porém, no caso de receptação culposa, o tipo é fechado, pois o Código Penal enumera as condutas do receptor culposo. Assim, a culpa se manifesta quando o agente, tendo em vista a natureza, a desproporção entre o valor e o preço da coisa ou a qualidade de quem a oferece, “devia presumir” ser ela proveniente de um crime.

Desse modo, a culpa está expressa no termo “devia presumir-se”, manifestando-se quando estiver evidenciada a natureza criminosa da coisa, em razão: a) de sua natureza (ex: relógio rolex marcado com nome de 3ª pessoa); b) da desproporção entre o valor e o seu preço (que, no caso, deve ser vil) ou; c) da condição de quem a oferece.

É certo que, se o agente “sabe” que a coisa é proveniente de delito, o crime é de receptação dolosa. Caso o agente seja comerciante (ou equiparado), e receba a coisa no exercício de sua função, responde por receptação qualificada (§1º), se “sabia” ou “devia saber” da origem ilícita da *res*.

Nesta espécie de receptação, somente há a previsão das condutas “adquirir” e “receber”, não tendo o CP se referido ao transporte, a condução e à ocultação.

Tratando-se de crime culposo, é impossível falar em tentativa nesta modalidade de receptação. Consuma-se o delito com a tradição.

e) Pressuposto da Receptação – Crime Anterior (§4º)

Art. 180. [...]

§ 4º - A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

[...]

A receptação pressupõe a existência de um crime anterior. Esta ocorrência não se confunde com condenação no delito anterior. Assim, exige-se prova do crime anterior (boletim de ocorrência, por exemplo), não sendo necessária, no entanto, a condenação por esse delito. É o que dispõe o §4º do art. 180 do CP.

Cabe ressaltar que a absolvição penal em relação ao delito antecedente poderá influenciar no processo de receptação, quando tiver reconhecido a atipicidade do fato ou a ocorrência de alguma causa excludente da ilicitude, pois nestes casos, o fato existiu, mas não constitui crime. O mesmo ocorrerá em caso de absolvição fundada na comprovada

ausência de fato (art. 386, I, CPP). As demais hipóteses de absolvição, entretanto, não conduziram à descaracterização da receptação.

f) Perdão Judicial e Receptação Privilegiada (§5º)

Art. 180. [...]

§ 5º - Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155.

[...]

O dispositivo em questão prevê duas figuras: perdão judicial e receptação privilegiada.

O perdão judicial é aplicado na receptação culposa, estando o juiz obrigado a concedê-lo, quando as circunstâncias forem favoráveis ao agente. O CP exige, para a concessão do perdão judicial, a primariedade do agente e que as circunstâncias, a serem verificadas pelo juiz, sejam favoráveis. Na jurisprudência, vem se exigindo, ainda, que a coisa seja de pequeno valor, além de ser detentor o agente de bons antecedentes. Nesse sentido: TJDF - 20000110225777APR, Relator Romão C. Oliveira, 2ª Turma Criminal, julgado em 07/04/2005, DJ 08/09/2005 p. 83.

No caso de receptação dolosa, se a coisa for de pequeno valor (no máximo, 1 salário mínimo) e o agente primário (não reincidente, ainda que de maus antecedentes), o juiz deve, aplicar um dos seguintes benefícios, isolada ou cumulativamente: - substituir a pena de reclusão por detenção; - diminuí-la de um a dois terços; - aplicar somente a pena de multa.

Ainda que o CP só tenha previsto a aplicação do privilégio à receptação dolosa, nada impede que, negado o perdão judicial, o juiz conceda ao condenado pela receptação culposa o benefício do §2º do art. 155, presentes os pressupostos legais. É certo que esta hipótese dificilmente ocorrerá na prática. Mas há de se lembrar que entre os requisitos à concessão do perdão judicial se incluem as circunstâncias judiciais favoráveis, as quais não são exigidas no caso da receptação privilegiada, vez que o CP só exigiu a primariedade e o pequeno valor da coisa.

Vide as observações expendidas quando da análise do furto privilegiado.

Por outro lado, o privilégio é inaplicável à receptação qualificada (§1º). É que, a despeito de expressa vedação legal nesse sentido, tratando-se de delito cometido por comerciante, dificilmente o valor da coisa receptada não superará a um salário mínimo.

g) Causa de Aumento de Pena (§6º)

Art. 180. [...]

§ 6º - Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no caput deste artigo aplica-se em dobro.

Neste caso, se a coisa receptada pertencer à União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, há a previsão desta causa de aumento de pena, a qual deve ser aplicada em dobro.

A majorante, por expressa definição legal, somente é cabível na receptação dolosa simples, própria ou imprópria, sendo inaplicável à forma qualificada (§§1º e 2º) e ao tipo culposo (§3º).

h) Receptação de Animal – Artigo 180-A

Art. 180-A. Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com a finalidade de produção ou de comercialização, semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que deve saber ser produto de crime:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

(Incluído pela Lei nº 13.330, de 2016)

Da mesma forma com que fez com o crime de furto, quando qualificou a figura do abigeato (fruto de semovente), a Lei nº 13.330/2016 criou um tipo qualificado de receptação, quando esta envolver semovente domesticável de produção com a finalidade produção ou de comercialização.

11 Disposições Gerais Acerca dos Crimes Contra o Patrimônio (Art. 181 a 183)

Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

II - ao estranho que participa do crime;

III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

O Capítulo VIII do Título II da Parte Especial do CP, intitulado “Disposições Gerais”, trata das chamadas imunidades nos delitos contra o patrimônio.

O art. 181 dispõe acerca da chamada imunidade penal absoluta, espécie de “escusa penal absolutória”, por meio da qual o Estado, mesmo diante de um fato típico, antijurídico e culpável, deixa de aplicar a pena, por razões de política criminal. Estas escusas absolutórias possuem a mesma natureza jurídica das causas de extinção da punibilidade, tendo o condão de impedir a instauração de inquérito policial ou mesmo a propositura de ação penal.

Por sua vez, o art. 182 prevê a imunidade penal relativa, de natureza processual, a qual não tem forças para isentar o réu de pena, mas transforma a ação penal pública incondicionada em condicionada à representação, sem a qual o inquérito policial ou o processo não podem ser iniciados.

Estas imunidades, absoluta e relativa, somente são aplicadas aos crimes contra o patrimônio, previstos no Título II da Parte Especial do CP. Ademais, mesmos nestes delitos, não serão aplicadas nas hipóteses do art. 183. Destarte, quando o crime contra o patrimônio for de roubo ou extorsão (inclusive indireta, de acordo com o entendimento dominante), ou cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, veda-se a aplicação

destas imunidades. Do mesmo modo, a benesse não se estende a terceiro que tenha praticado o delito em concurso com o beneficiado. Por força de alteração promovida pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), o qual inseriu o inciso III ao art. 183, as imunidades, absoluta e relativa, também não serão aplicadas ao crime praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, isto é, ao delito que tenha o idoso como vítima.

A imunidade penal absoluta será aplicada quando, ausente a proibição constante do art. 183, o crime for cometido contra: a) cônjuge, na constância da sociedade conjugal: permanece a escusa, ainda em caso de separação de fato, caso não tenha sido decretada a separação judicial ou mesmo a medida cautelar de separação de corpos. De igual modo, esta escusa penal absolutória é conferida ao companheiro ou companheira na constância da união estável, porque aqui o emprego da analogia é permitido, já que em favor do réu; e b) ascendente ou descendente, independentemente do grau de parentesco.

Por seu turno, a imunidade relativa será adotada, observando-se à vedação legal do art. 183, ao crime contra o patrimônio cometido contra: cônjuge separado judicialmente (desquitado); irmão; ou tio ou sobrinho, com que o agente coabita. Neste último caso, exige-se efetiva coabitação entre autor e vítima, não sendo necessário, contudo, que o delito seja praticado no local da coabitação.

Veja, portanto, que se autor e vítima forem divorciados não incidirá qualquer imunidade, a não ser que o delito tenha sido cometido ou na constância da sociedade conjugal (absoluta) ou antes do divórcio (hipótese em que permanece a imunidade relativa).