

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**LUCAS DE AGUIAR POSSAMAI**

**APLICAÇÃO DA MAJORANTE DE FURTO NOTURNO AO FURTO QUALIFICADO  
SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E A INTERPRETAÇÃO *IN  
MALAM PARTEM* DA NORMA PENAL: ANÁLISE DAS RECENTES DECISÕES  
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**CRICIÚMA/SC**

**2017**

**LUCAS DE AGUIAR POSSAMAI**

**APLICAÇÃO DA MAJORANTE DE FURTO NOTURNO AO FURTO QUALIFICADO  
SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E A INTERPRETAÇÃO *IN  
MALAM PARTEM* DA NORMA PENAL: ANÁLISE DAS RECENTES DECISÕES  
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Esp. Alfredo Engelmann Filho

**CRICIÚMA/SC**

**2017**

**LUCAS DE AGUIAR POSSAMAI**

**APLICAÇÃO DA MAJORANTE DE FURTO NOTURNO AO FURTO QUALIFICADO  
SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E A INTERPRETAÇÃO *IN  
MALAM PARTEM* DA NORMA PENAL: ANÁLISE DAS RECENTES DECISÕES  
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Penal.

Criciúma, 05 de dezembro de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Alfredo Engelmann Filho - Especialista - (UNESC) - Orientador

Prof. Fernando Pagani Possamai - Mestre - (UNESC)

Prof. João de Mello - Especialista - (UNESC)

**Dedico este trabalho aos meus pais e à minha companheira, os quais sempre me deram apoio e força para vencer os obstáculos da vida e alcançar os objetivos traçados.**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente e principalmente, aos meus pais, Elias e Marlene, pelo amor e apoio incondicional, sempre com a preocupação de proporcionar-me o melhor, não só para a minha educação, como também para a minha vida.

Com a mesma ênfase, agradeço à minha companheira Carolina, por tantos bons momentos vividos e pela parceria, fazendo-se sempre presente, não só nos momentos felizes, mas também nos de maiores dificuldades, ajudando-me a superá-las.

Agradeço a todos os professores do Curso de Direito da UNESC por compartilharem seus conhecimentos com os alunos, incentivando-nos a tornarmos-nos bons profissionais.

Nesse sentido, agradeço especialmente ao professor e meu orientador Alfredo Engelmann Filho, quem, inicialmente, me fez "conhecer" os perigosos Caio, Tício e Mévio, e teve grande influência para que o Direito Penal seja o meu ramo preferido de estudo no Direito e que, por fim, já na reta final do curso, me aceitou como orientando e, sempre com dedicação e paciência, me auxiliou na confecção e corrigiu esse trabalho.

Aos colegas de trabalho do Cartório da 2ª Vara Cível e da 12ª Promotoria de Justiça e "Anexos", desta Comarca, que sempre me incentivaram a buscar meus objetivos e compartilharam seus conhecimentos e experiências profissionais e de vida.

A todos os meus amigos, os que conheci na graduação e que levarei para o resto da vida, e também àqueles de longa data, especialmente os integrantes do grupo "PDM", pela paciência, compreensão e descontração essenciais à manutenção de um psicológico saudável.

A todos aqueles que colaboraram, direta ou indiretamente, para a confecção desse trabalho.

**“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”**

**Eduardo Juan Couture**

## RESUMO

O crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal, é um delito de constante prática no Brasil, conforme depreende-se das informações transmitidas pelos veículos de comunicação, que habitualmente noticiam novos casos de sua incidência. Devido ao grande número de casos fáticos dessa prática delitiva que chegam ao Poder Judiciário para apuração e julgamento, qualquer mudança de interpretação dada a esse tipo penal pelos eméritos julgadores pode influenciar a vida de muitas pessoas, especialmente a dos autores desse crime, seja a mudança favorável ou prejudicial. Diante disso, o corrente trabalho tem por escopo analisar a legalidade da recente mudança de entendimento adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, passando-se a julgar pela possibilidade da aplicação da majorante do furto noturno às hipóteses de furto qualificado, desconsiderando a ordem de posição dos parágrafos na construção legislativa do artigo 155 do Código Penal. Com esse fito, no primeiro capítulo foi feita uma análise dos valores e princípios basilares do Direito Penal, com ênfase no princípio da legalidade e sua vertente de vedação da utilização da analogia *in malam partem*. No segundo capítulo, passou-se à individualização e conceituação das variadas hipóteses de incidência do crime de furto, principalmente os institutos do furto qualificado e do furto noturno. Por fim, no terceiro capítulo, após contextualizar o tema, avaliou-se a validade dos argumentos levantados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em seus recentes julgados, utilizando-se de interpretação da norma prejudicial ao réu, consistente na aplicação da majorante do furto noturno ao furto qualificado, em desacordo com o sentido original dado pelo legislador à norma penal. Para tanto, valeu-se do método de pesquisa dedutivo, por meio de pesquisa teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal (jurisprudência). A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos sítios oficiais dos referidos tribunais, utilizando-se das palavras-chave "furto", "privilegiado", "noturno" e "qualificado". Do site do STJ, foram selecionados 5 (cinco) acórdãos referentes ao furto-qualificado-privilegiado, do período 1997-2012 e 8 (oito) acórdãos referentes ao furto-qualificado-noturno, do período 1999-2017. Já do site do STF, foram selecionados 4 (quatro) acórdãos de furto-qualificado-privilegiado, do período 1989-2014 e 2 (dois) acórdãos referentes ao furto-qualificado-noturno, do período 1998-2016.

**Palavras-chave:** Furto. Noturno. Qualificado. Princípio da legalidade. Analogia.

## ABSTRACT

The crime of theft, provided for in article 155 of the Penal Code, is a crime of constant practice in Brazil, as can be seen from the information transmitted by the communication vehicles, which usually report new cases of their incidence. Due to the large number of factual cases of this criminal practice that arrive at the Judiciary for verification and judgment, any change of interpretation given to this criminal type by the judges can influence the lives of many people, especially the life of the perpetrators of this crime, whether the change is favorable or harmful. Thus, the present work has as scope to analyze the legality of the recent change of understanding adopted by the Superior Court of Justice and by the Federal Supreme Court, who have come to judge that the increase in the night theft may be applied to the hypotheses of qualified theft, disregarding the order of position of the paragraphs in the legislative construction of article 155 of the Penal Code. Thus, in the first chapter an analysis was made of the basic values and principles of Criminal Law, with emphasis on the principle of legality and its aspect of prohibition of the use of the analogy *in malam partem*. In the second chapter, it was made an individualization and conceptualization of the varied hypotheses of incidence of theft crime, especially the institutes of qualified theft and night theft. Finally, in the third chapter, after contextualizing the theme, it was studied about the validity of the arguments raised by the Ministers of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court in their recent judgments, using an interpretation of the norm prejudicial to the defendant consistent with the application of the increase in night theft to qualified theft, contrary to the original meaning given by the legislature to the criminal law. For that, it was used the deductive research method, through theoretical and qualitative research, using bibliographical and legal material (jurisprudence). The jurisprudential research was carried out in the official sites of the mentioned courts, using the keywords "theft", "privileged", "nocturnal", and "qualified". From the website of the STJ, five judgments on theft-qualified-privileged were selected from the period 1997-2012 and eight judgments on theft-qualified-nocturnal, from 1999-2017. From the website of the STF, it was selected four judgments of theft-qualified-privileged from 1989-2014 and two judgments of theft-qualified-nocturnal, from 1998-2016.

**Keywords:** Theft. Nocturnal. Qualified. Principle of Legality. Analogy.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
HC	Habeas Corpus
n.	Número
p.	Página
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E A ANALOGIA NO DIREITO PENAL</b> .....	<b>13</b>
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS DE GARANTIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO .....	15
<b>2.1.1 Teoria do garantismo penal</b> .....	<b>17</b>
<b>2.1.2 Princípios constitucionais penais de garantia à luz da Constituição Federal</b> .....	<b>20</b>
2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ÂMBITO PENAL.....	22
2.3 HISTORICIDADE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO MUNDO E NO BRASIL .....	22
2.4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA SUBDIVISÃO COMO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.....	26
2.5 FONTE DAS NORMAS PENAIS INCRIMINADORAS.....	28
2.6 DOS TIPOS PENAIS E DA TIPICIDADE .....	30
2.7 FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.....	31
2.8 APLICAÇÃO DA ANALOGIA NO DIREITO PENAL .....	32
<b>3 CRIME DE FURTO (ARTIGO 155, DO CÓDIGO PENAL): ANÁLISE DOS INSTITUTOS DO FURTO NOTURNO (§ 1º) E DO FURTO QUALIFICADO (§ 4º E § 5º)</b> .....	<b>36</b>
3.1 DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO .....	37
3.2 BREVE HISTORICIDADE DO FURTO NO MUNDO E NO BRASIL .....	38
3.3 DO CRIME DE FURTO E SUAS ESPÉCIES .....	40
<b>3.3.1 Conceito e hipóteses de cabimento da majorante de furto noturno</b> .....	<b>45</b>
<b>3.3.2 Do furto privilegiado (artigo 155, § 2º, do Código Penal)</b> .....	<b>48</b>
<b>3.3.3 Da equiparação da energia elétrica ou de qualquer outra que possua valor econômico à coisa móvel (artigo 155, § 3º, do Código Penal)</b> .....	<b>51</b>
<b>3.3.4 Conceito e hipóteses de cabimento do furto qualificado</b> .....	<b>52</b>
3.3.4.1 Hipóteses de furto qualificado previstas no § 4º do artigo 155 do Código Penal .....	53
3.3.4.1.1 <i>Furto com destruição ou rompimento de obstáculo (artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal)</i> .....	53

3.3.4.1.2 Furto com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; (artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal) .....	56
3.3.4.1.3 Furto cometido com emprego de chave falsa.....	60
3.3.4.1.4 Furto cometido mediante concurso de duas ou mais pessoas.....	61
3.3.4.2 Hipótese de furto qualificado prevista no § 5º do artigo 155 do Código Penal .....	63
3.4 HIPÓTESES RELEVANTES DE APLICAÇÃO DA PENA .....	64
<b>3.4.1 Incidência de mais de uma qualificadora do furto .....</b>	<b>64</b>
<b>3.4.2 Possibilidade de incidência simultânea dos institutos do furto privilegiado e qualificado .....</b>	<b>65</b>
<b>3.4.3 Possibilidade de incidência simultânea dos institutos do furto noturno e do furto qualificado.....</b>	<b>67</b>
<b>4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS ATUAIS ENTENDIMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO FURTO NOTURNO AO FURTO QUALIFICADO .....</b>	<b>71</b>
4.1 DA TRANSAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE À POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRIVILÉGIOS DO § 2º, DO ARTIGO 155, DO CÓDIGO PENAL AOS CASOS DE FURTO QUALIFICADO (ARTIGO 155, § 4º, DO CÓDIGO PENAL) .....	71
4.2 DA TRANSAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE À POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO FURTO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO (ARTIGO 155, § 1º, DO CÓDIGO PENAL) AOS CASOS DE FURTO QUALIFICADO (ARTIGO 155, § 4º, DO CÓDIGO PENAL) .....	79
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>92</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>97</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No campo penal, dentre os mais diversos princípios penais de garantia, destinados à evitar o uso arbitrário do poder punitivo/coercitivo estatal para aplicar sanções a seus cidadãos, está o princípio da legalidade, o qual terá maior enfoque nesse trabalho. Esse princípio é um dos mais importantes e basilares desse ramo do Direito e encontra amparo legal no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal, enunciando que nenhuma conduta/omissão será considerada crime sem que haja previamente a sua prática uma lei que assim a defina, inclusive com sua cominação legal, concretizados através dos tipos penais.

O princípio da legalidade apresenta diversas vertentes, sendo a que merece destaque no presente estudo é a vedação, no Direito Penal, da utilização da analogia *in malam partem*, impossibilitando que os julgadores (intérpretes das leis) utilizem-se da integração das normas, para suprir supostas lacunas legais, criando penalidades não previstas na lei, ao aplicar uma norma incriminatória/sancionatória para punir o agente sem que sua conduta se amolde perfeitamente aos dispositivos legais em que incurso, ainda que ambas as ações guardem estreita semelhança, seja na imputação de um crime, seja na aplicação de alguma causa de aumento da pena, prejudicando, com isso, o agente/réu.

Ocorre que mesmo sendo, estes princípios, notórios aos julgadores no âmbito penal, muitas vezes encontram-se decisões que compreendem manifestas ou mesmo implícitas ofensas a este princípio, ao utilizarem da analogia para prejudicar o agente/réu, o que, sem dúvida, é vedado no ordenamento jurídico.

Valendo-se dessa premissa, o corrente trabalho tem por objetivo pesquisar sobre os limites da incidência do princípio da proibição da analogia *in malam partem* no Direito Penal, em especial, verificar se as recentes decisões dos Tribunais Superiores (STF e STJ) estão em consonância com os valores e princípios basilares do Direito Penal, que, após mudarem seus entendimentos, utilizando-se da analogia, para tornar possível a aplicação do furto privilegiado (§ 2º) ao furto qualificado (§ 4º), ambos do artigo 155, do Código Penal, sendo que tal benesse anteriormente era aplicada somente ao furto simples (artigo 155, *caput*, do Código Penal), valeram-se desse posicionamento para justificar que também seria possível aplicar a majorante do furto noturno (§ 1º) ao furto qualificado (§ 4º) (o que

certamente prejudica o réu), posto que deve prevalecer o mesmo tratamento as causas de aumento com as causas de diminuição da pena.

Todavia, vê-se que os eméritos julgadores estão utilizando de uma analogia pretérita *in bonam partem* (aplicação do furto privilegiado ao furto qualificado), que é perfeitamente permitida no âmbito do Direito Penal, para justificar nova analogia, agora *in malam partem* (aplicação da majorante do furto noturno ao furto qualificado), a qual, conforme já abordado, é vedada.

A relevância social desta pesquisa está na constatação da possível ilegalidade nesta nova interpretação dada pelos Tribunais Superiores ao crime de furto, tendo em vista que o referido crime, nas circunstâncias analisadas neste trabalho, é, sem dúvida, um dos delitos que tem maiores índices de cometimento no Brasil e, assim sendo, seus autores são afetados por essas decisões, fazendo-se necessário o esclarecimento desses pontos controversos na busca de um julgamento adequado aos moldes legais e, portanto, justo.

No presente trabalho, utilizar-se-á o método de pesquisa dedutivo, por meio de pesquisa teórica e qualitativa de material bibliográfico e documental legal (jurisprudência). O primeiro capítulo destinar-se-á a elucidar os valores e princípios de garantia basilares do Direito Penal, com ênfase no princípio da legalidade e sua vertente de vedação da utilização da analogia *in malam partem*. Por sua vez, no segundo capítulo, para contextualização do tema, abordar-se-á e conceituar-se-á as diversas hipóteses de capitulação do furto, principalmente os institutos do furto qualificado e do furto noturno. No terceiro capítulo, será feito um levantamento dos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação da majorante do furto noturno aos furtos qualificados, em especial, para verificar a motivação da mudança de entendimento aplicado a essas decisões que vêm em prejuízo dos Réus processados pelas práticas delitivas em tela e analisar-se-á sua legalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa jurisprudencial será realizada nos sítios oficiais dos referidos tribunais, utilizando-se das palavras-chave "furto", "privilegiado", "noturno" e "qualificado". Do site do STJ serão selecionados 5 (cinco) acórdãos referentes ao furto-qualificado-privilegiado, do período 1997-2012 e, 8 (oito) acórdãos referentes ao furto-qualificado-noturno, do período 1999-2017. Já do site do STF serão 4 (quatro) acórdãos furto-qualificado-privilegiado, do período 1989-2014 e 2 (dois) acórdãos referentes ao furto-qualificado-noturno, do período 1998-2016.

## 2 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E A ANALOGIA NO DIREITO PENAL

O surgimento do Direito está vinculado à necessidade do homem em ter suas inter-relações regulamentadas, fixando-se determinados modos de condutas a serem seguidos pela população em geral, a fim de evitar o caos da sociedade e a guerra constante entre os indivíduos para que seus interesses pessoais sobressaíssem sobre os da coletividade. Nesse sentido lecionam Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 63). ao dispor:

O homem, por sua própria natureza, vive e coexiste em comunidade (*relatio ad alterum*). O Direito regula o convívio social, assegurando-lhes as condições mínimas de existência, de desenvolvimento e de paz. Tanto assim é que sociedade e Direito se pressupõem mutuamente (*ubi societas ibi jus it ibi jus ubi societas*)

No contexto dessa realidade, com a criação do Direito, surge também a noção de poder, os quais apresentam ligação de causa e efeito. Isto porque, atribui-se ao Estado o poder soberano de regulamentar esses modos de condutas e suas sanções ao seu não cumprimento, ficando exclusivamente com o Estado o uso legítimo e organizado da força justificada ou por meio do Direito (normas), o que denomina-se poder coercitivo (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 65).

Com o advento dos mais diversos ramos do Direito, surge também o Direito Penal, ao qual é atribuída função de grande e fundamental destaque, porquanto compete-lhe fazer a seleção dos comportamentos humanos mais gravosos e perigosos ao bom convívio social da coletividade, e a partir de então, taxá-los como infrações penais, e atribuir-lhes, em consequência, as respectivas sanções aos que venham a praticá-los, estabelecendo, ademais, as regras gerais e complementares necessárias à sua correta e justa aplicação da pena (CAPEZ, 2013, p. 18).

Advém, nesse sentido, salientar que, por se tratar de um ramo do Direito que impõe medidas drásticas aos cidadãos, como as penas, o Direito Penal apresenta, ao mesmo tempo, caráter essencial como supletivo, conquanto de acordo com Greco (2014a, p. 02) "objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito".

Desta feita, denota-se que o Direito Penal expressa a interpretação pelo Estado dos interesses dos cidadãos em prever determinados fatos como puníveis e suas respectivas sanções (DOTTI, 2013, p. 128).

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 84-85) conceituam o Direito Penal ao lecionar:

O Direito Penal é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal é o sistema de compreensão (ou interpretação) da legislação penal.

Mas a este poder de determinar consequências jurídicas, sendo penas ou medidas de segurança, impõe-se a limitação de observarem-se determinadas garantias individuais e sociais de cada indivíduo, a fim de afastar a arbitrariedade estatal de punir seus cidadãos, o que se denominam direitos fundamentais (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 65).

Assim, se por um lado, o Direito Penal vale-se de seu poder punitivo, preventivo de imposição da pena à prática de determinadas condutas visando coibi-las, por outro, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que, reprimindo esse poder que lhe foi atribuído, orienta a aplicação e interpretação das normas penais. Com isso, a sistematização dessas normas impositivas de caráter proibitivo em conjunto com os princípios, tem por fim tornar possível a convivência humana, observando rigorosos princípios de justiça quando da aplicação das sanções aos fatos reais (BITENCOURT, 2012, p. 57).

Diante do exposto, vale trazer à tona as finalidades do Direito Penal de acordo com os ensinamentos de Bitencourt (2012, p. 60-61):

Pode-se, nesse sentido, afirmar que o Direito Penal caracteriza-se pela sua finalidade preventiva: antes de punir o infrator da ordem jurídico-penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do crime. Também o Direito Penal, a exemplo dos demais ramos do Direito, traz em seu bojo a avaliação e medição da escala de valores da vida em comum do indivíduo, a par de estabelecer ordens e proibições a serem cumpridas. Falhando a função motivadora da norma penal, transforma-se a sanção abstratamente cominada, através do devido processo legal, em sanção efetiva, tornando aquela prevenção genérica, destinada a todos, numa realidade concreta, atuando sobre o indivíduo infrator, o que vem a ser caracterizado como a finalidade de prevenção especial, constituindo a manifestação mais autêntica do seu caráter coercitivo.

Nesse sentido, somente pode ser responsabilizado e punido o indivíduo que praticou uma conduta previamente considerada pela sociedade como grave/ilegal que se repudie a prática e que esteja expressamente vedada, por órgão competente para normatizá-la, sua prática e a responsabilização/punição a quem perpetrá-la.

Com efeito, também não podem os operadores do Direito aplicarem as normas penais previamente criadas às situações que a lei não previu, o que se denomina analogia e que Hungria e Fragoso (1977, p. 95) definem como sendo a “criação ou formação de direito novo, isto é, aplicação extensiva da lei a casos de que esta não cogita. Com ela, o juiz faz-se legislador, para suprir as lacunas da lei”.

Ocorre que mesmo tendo ciência desses preceitos fundamentais, os órgãos estatais, muitas vezes o Poder Judiciário em todas suas instâncias não os respeitam, acarretando em graves violações aos direitos de cada indivíduo da sociedade.

## 2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS DE GARANTIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO

Como dito, Direito Penal pode ser definido como o conjunto de normas que definem um fato (ação/omissão) como crime e a pena como consequência da concretização desse fato, regulando também as relações jurídicas daí decorrentes, disciplinando os limites da aplicabilidade das sanções às infrações cometidas, isto como garantia e proteção do direito de liberdade dos indivíduos em face do poder punitivo estatal (JESUS, 2014, p. 47).

Assim, *ius puniendi* tem como seu único titular o Estado, quem deve aplicar as sanções penais, isto porque, como Soberano numa sociedade conflitiva, o Estado, como ente monopolizador da violência e assegurado da justa tutela dos bens jurídicos fundamentais, deve apresentar-se como solucionador do conflito criminal, caso os meios ordinários de auto-resolução do conflito fracassem, buscando sempre uma solução pacífica, racional, previsível e eficaz, com vistas ao respeito às garantias individuais (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 209).

Vale discorrer que o direito de punir do Estado (*jus puniendi*) se manifesta tanto no momento de criação e de promulgação das leis, como também no de sua aplicação ao caso concreto (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 139).



Contudo, em razão das garantias atribuídas a cada cidadão num Estado Democrático de Direito, as normas penais também deverão prever limites ao poder de punir do Estado, a fim de evitar arbitrariedades e injustiças nas sanções, mostrando-se legítima a medida sancionatória estatal quando a violência por ela imposta é menor que a da ação que visa coibir. Nesse diapasão esclarecem Junqueira e Vanzolini (2014, p. 151) ao discorrerem:

De toda ação estatal sobre o cidadão, a penal é reconhecidamente a mais violenta e, assim, só se legitima a medida em que é capaz de diminuir a violência. Se na comparação entre a violência penal e a violência comunitária evitada a violência estatal for maior, é ilegítima e desumana.

Assim, ante a complexidade da definição do Direito Penal em que as normas penais devem tanto impor sanções a determinadas condutas humanas (normas incriminadoras), como também, em razão de o direito de aplicar sanções ser exclusivo do Estado, imputar-lhe restrições ao poder punitivo. Desta forma, subdividiu-se o Direito Penal em noções de Direito objetivo e subjetivo, bem elucidadas por Jesus (2014, p. 49) ao dispor:

As noções de Direito objetivo e subjetivo decorrem do fato de o Direito, através da determinação das normas, regular as condutas humanas e outorgar a alguém o poder de exercê-lo. Como vimos, o Direito Penal tem na sanção o seu meio de ação. Com a abolição da vingança privada, só o Estado tem o direito de aplicar sanções. Só o Estado é o titular do *jus puniendi*, que é o Direito Penal subjetivo. O Direito Penal objetivo é o próprio ordenamento jurídico-penal, correspondendo à sua definição. De notar que o Direito Penal subjetivo – o direito de punir do Estado – tem limites no próprio Direito Penal objetivo. Não se compreende um *jus puniendi* ilimitado. A norma penal não cria direitos subjetivos somente para o Estado, mas também para o cidadão. Se o Estado tem o *jus puniendi*, o cidadão tem o direito subjetivo de liberdade, que consiste em não ser punido senão de acordo com as normas ditadas pelo próprio Estado.

Ocorre que, como em todos os ramos do Direito, também no Direito Penal, as normas são baseadas e fundamentadas nos costumes e nos valores éticos, morais e culturais de uma certa população em determinado momento histórico, os quais, ao serem supervalorizados determinam as bases de interpretação e formulação do ordenamento jurídico, os quais são chamados de princípios. Sobre o tema lecionam Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 105):

O Direito Penal, como também os demais ramos do ordenamento jurídico, fundamentam-se em determinados princípios como elementos essenciais e diretores, em sua maioria juridicizados, seja em nível constitucional, seja não constitucional. Derivados, em sua origem, dos valores ético-culturais e

jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social, numa certa época, foram se impondo num processo histórico-político contínuo como basilares à sociedade democrática.

A mais, em razão de ser a representatividade desses valores culturais, ao serem trazidos ao campo jurídico através de enunciações normativas de valor genérico, os princípios condicionam e orientam as formas de compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração das normas vigentes e, ainda, a elaboração de novas normas (REALE, 2003, p. 37).

No ramo penal, os princípios penais servem tanto para a atribuição de determinada conduta como crime, como também para limitar o poder punitivo do Estado. Nesse sentido ensina Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 105):

Os princípios penais constituem um núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal é a fonte do direito de maior hierarquia e instituidora dos princípios e fundamentos basilares do Estado, que o legislador penal, instituidor da legislação ordinária, deverá se basear na criação dos delitos e de onde os magistrados deverão retirar suas limitações, pois, caso contrário, estar-se-á violando a coerência de todo o sistema político-jurídico, tendo em vista ser inaceitável a compreensão do Direito Penal, manifestação mais violenta e repressora do Estado afastado dos preceitos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade (COPETTI, 2000, p. 137-138).

Não obstante, caso uma lei não se adeque plenamente aos preceitos Constitucionais torna-se ineficaz (MÉDICI, 2004, p. 30).

Dessa forma dentro dos mais variados campos de princípios no Direito Penal, restringir-se-á a análise dos princípios limitadores do poder punitivo estatal.

### **2.1.1 Teoria do garantismo penal**

Em se tratando de limitações ao poder de punição do Estado, mostra-se necessário discorrer acerca da teoria do garantismo penal e suas bases.

Essa teoria busca a criação de um modelo normativo que sirva de garantia aos direitos fundamentais do cidadão num Estado Democrático de Direito (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 115).

Tendo como Luigi Ferrajoli seu idealizador, mostra-se essencial transcrever o conceito dessa teoria em suas palavras:

Garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao Direito penal, o modelo da estrita legalidade, próprio do estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

O ilustre jurista italiano, ainda, ao abordar sua teoria do garantismo penal, sintetiza o tema através de dez axiomas, relevados em dez expressões latinas que alicerçam todo o seu raciocínio de modelo-limite de um sistema penal, sendo elas: 1. *Nulla poena sine crimine*; 2. *Nullum crimen sine lege*; 3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; 4. *Nulla necessitas sine injuria*; 5. *Nulla injuria sine actione*; 6. *Nulla actio sine culpa*; 7. *Nulla culpa sine iudicio*; 8. *Nullum iudicium sine accusatione*; 9. *Nulla accusatio sine probatione*; 10. *Nulla probatio sine defensione* (FERRAJOLI, 2010, p. 91).

De acordo com Magalhães (2010, p. 208), “tais axiomas tem a função específica de deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo estatal”.

Ferrajoli (2010, p. 91), segue explicando sua teoria ao revelar os princípios limitadores do poder punitivo estatal e garantidores das liberdades individuais dos cidadãos decorrentes de cada uma das referidas expressões, na mesma ordem de numeração ao dispor:

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Por fim, conclui Ferrajoli (2010, p. 91) que "estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem - com certa força de expressão linguística - o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal".

Esses princípios tiveram inicialmente a pretensão de contrariar o absolutismo dos séculos XVII e XVIII, todavia, passaram a fazer parte do ordenamento jurídico de diversos países, legitimando a instauração do Estado de Direito (FERRAJOLI, 2010, p. 92).

Diante da adoção por Ferrajoli de expressões latinas para exteriorizar toda a sua tese, Greco (2014a, p. 10-11) se propôs a explicá-las de forma resumida ao lecionar:

Por intermédio do primeiro brocardo - *nulla poena sine crimine* -, entende-se que somente será possível a aplicação de pena quando houver, efetivamente, a prática de determinada infração penal, que, a seu turno, também deverá estar expressamente prevista na lei penal - *nullum crimen sine lege*. A lei penal somente poderá proibir ou impor comportamentos, sob a ameaça de sanção, se houver absoluta necessidade de proteger determinados bens, tidos como fundamentais ao nosso convívio em sociedade, em atenção ao chamado direito penal mínimo - *nulla lex (poenalis) sine necessitate*. As condutas tipificadas pela lei penal devem, obrigatoriamente, ultrapassar a pessoa do agente, isto é, não poderão se restringir à sua esfera pessoal, à sua intimidade, ou ao seu particular modo de ser, somente havendo possibilidade de proibição de comportamentos quando estes vierem a atingir bens de terceiros - *nulla necessitas sine injuria* -, exteriorizados mediante uma ação - *nulla injuria sine actione* -, sendo que, ainda, somente as ações culpáveis poderão ser reprovadas - *nulla actio sine culpa*. Os demais brocardos garantistas erigidos por Ferrajoli apontam para a necessidade de adoção de um sistema nitidamente acusatório, com a presença de um juiz imparcial e competente para o julgamento da causa - *nulla culpa sine iudicio* - que não se confunda com o órgão da acusação - *nullum iudicium sine accusatione*. Fica, ainda, a cargo deste último o ônus probatório, que não poderá ser transferido ao acusado da prática de determinada infração penal - *nulla accusatio sine probatione* -, devendo ser-lhe assegurada a ampla defesa, com todos os recursos a ele inerentes - *nulla probatio sine defensione*.

Denota-se, portanto, que o garantismo parte de uma premissa de que o poder estatal tende a atuar arbitrariamente e com abuso de suas prerrogativas, razão pela qual busca restringir esses poderes (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2014, p. 150).

### **2.1.2 Princípios constitucionais penais de garantia à luz da Constituição Federal**

Faz-se necessário trazer a análise os princípios de garantia penal estabelecidos pela Constituição Federal vigente, isto porque, como norma basilar de todo o ordenamento jurídico, orienta e funciona como limite do poder punitivo estatal.

Vale acrescentar que já no preâmbulo da Carta Magna brasileira encontram-se previstos princípios como o da liberdade, igualdade e justiça, que servem de base inspirativa e orientativa de diretrizes a serem seguidas e de interpretação das normas de todas as matérias (BITENCOURT, 2012, p. 87).

Do estudo da conjugação entre o Direito Penal com a Constituição, Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 221) destacam treze como os princípios constitucionais penais limitadores do poder punitivo do Estado, sendo eles: princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos; princípio da intervenção mínima; princípio da exteriorização ou materialidade do fato; princípio da legalidade do fato; princípio da ofensividade do fato; princípio da responsabilidade pessoal; princípio da responsabilidade subjetiva; princípio da culpabilidade; princípio da igualdade; princípios da legalidade da pena; princípio da proibição da pena indigna; princípio da humanização das penas; e, princípio da proporcionalidade.

Não obstante, ainda que deem elevada importância aos referidos princípios, esclarecem que todos eles convergem e estão adstritos ao princípio da dignidade humana, elevando-o ao patamar de princípio elementar do Estado constitucional e democrático de Direito. Aduzem ser incontestável a força imperativa, fundamentadora e interpretativa deste princípio, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, pela qual nenhuma ordem jurídica de qualquer nível pode contrariá-lo (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 220-221).

A orientação máxima do princípio da dignidade humana far-se-á presente tanto no momento em que o legislador for criar um novo delito, como também no momento em que o magistrado fará o exercício da possível aplicação da norma (CAPEZ, 2013, p. 23).

Assim, em decorrência do princípio da dignidade humana, princípio reitor do Estado Democrático de Direito e conseqüentemente do Direito Penal, derivam outros princípios penais de suma importância para este ramo do ordenamento jurídico, quais sejam: legalidade, insignificância, alteridade, confiança, adequação

social, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade (CAPEZ, 2013, p. 25).

Dessa forma, denota-se a importância do princípio da legalidade, isto porque foi referido tanto na teoria garantista como em nível constitucional e, em verdade, este princípio apresenta-se como primordial na proteção dos homens contra o poder coercitivo estatal, tendo em vista que o princípio da legalidade, de acordo com Capez (2013, p. 40-41), dispõe que "somente é crime aquilo que a lei assim o define, sendo que a punição só pode se dar também pela forma prevista em lei. Neste caso, fala-se em lei em sentido estrito, que é aquela elaborada pelo poder competente (legislativo)".

Para concluir, o princípio da legalidade de forma esquemática, tendo em vista que ainda será tratado de forma mais abrangente nesse trabalho, observa-se que preconiza este princípio que é função exclusiva de lei a elaboração de normas incriminadoras e que, para a punição de um fato, é imprescindível que a lei que o defina crime esteja em vigor quando de sua prática e inclusive já tenha cominado-lhe a sanção correspondente (sendo que esta segunda parte é entendida como princípio da anterioridade, o qual apresenta estrita ligação com o princípio em tela) (BITENCOURT, 2012, p. 89).

Merece destaque, ainda, o princípio da taxatividade, destinado ao legislador quando da criação da lei penal. Isto porque, determina que a conduta tipificada como crime e a sanção a ela aplicável deverão estar expressas de forma clara e precisa na lei incriminadora, a fim de evitar que se abra grande margem para a discricionariedade do julgador na interpretação das hipóteses de incidência do delito, garantindo a segurança jurídica da norma (COSTA JÚNIOR; COSTA, 2010, p. 75).

Por fim, dá-se grande importância em matéria penal ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal, o qual pode ser simplificado pelas expressões fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal. Acerca desse princípio lecionam Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 285-286):

A intervenção penal, em razão da natureza de castigo penal, que retrata a forma mais drástica de reação do Estado frente ao delito, deve ser fragmentária (só os bens jurídicos mais relevantes devem merecer a tutela penal) e subsidiária (última ratio - só deve ser aplicado quando os demais ramos do Direito não solucionam satisfatoriamente o conflito.

Feita uma explanação genérica acerca das garantias constitucionais penais, necessário se faz abordar, de forma mais enfática e precisa, o princípio da legalidade para a contextualização problemática, o que se passa a fazer.

## 2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ÂMBITO PENAL

O princípio da legalidade penal encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro tanto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, como também no artigo 1º do Código Penal, os quais seguem transcritos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL, 2017a)

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 2017b)

De acordo com os referidos dispositivos, só ocorre a prática delitiva punível se o fato foi praticado após a vigência de lei determinando tais ações como infrações penais e estipulando suas decorrentes sanções.

## 2.3 HISTORICIDADE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO MUNDO E NO BRASIL

Mostra-se, no mínimo, proveitoso ao presente trabalho discorrer acerca do surgimento e do significado atrelado ao princípio da legalidade ao longo da história, o que, então, passa-se a fazer.

Ao contrário do que se possa imaginar, tendo em vista que o princípio da legalidade é comumente expresso através da expressão em língua latina *nullum crimen sine lege*, a exigência da lei anterior ao crime e à pena não foi um princípio jurídico romano. A referida expressão foi formulada pelo jurista alemão Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach em obra publicada em 1830 (DOTTI, 2013, p. 139).

A grande maioria dos juristas atribui a origem do princípio da legalidade à Carta Magna Inglesa, outorgada pelo Rei João Sem-Terra em 15 de junho de 1215, em especial, em razão do artigo 39 do referido diploma legal que dispunha que “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um

juízo regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país” (DOTTI, 2013, p. 139-140).

Todavia, diverge de tal entendimento Dotti (2013, p. 140), ao esclarecer que em virtude da índole aristocrática da Magna Carta inglesa, revelada pelos estudos contemporâneos, o referido documento não visava a proteção das pessoas do povo, mas tão somente os interesses dos nobres da época, como os senhores prelados, condes, barões e feudais. Ademais atribui a Carta Magna leonesa, outorgada por Dom Alfonso, Rei de Leão e Galícia, no ano de 1188, como a fonte mais autêntica e legítima na preservação de certas garantias dos acusados.

Nesse norte, vale esclarecer que o sentido moderno do princípio da legalidade, concebido como limite ao poder punitivo do Estado, como garantia à liberdade do cidadão somente surge a partir da Revolução Francesa, com a ideologia liberal (PUIG, 2007, p. 87).

Sobre o tema, bem sintetiza Bitencourt (2012, p. 86) ao dispor:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Ademais, o período Iluminista trouxe outra grande conquista para o Direito Penal, que se deu a partir da Teoria da Separação dos Poderes, preconizada por Montesquieu, que atribuiu ao legislador a competência exclusiva para selecionar os comportamentos humanos mais gravosos à sociedade, definindo-os como crimes e cominando-lhes a correspondente sanção penal. Por outro lado, fixou-se a competência do juiz de aplicação da lei penal aos casos concretos, dentro dos rigorosos limites por ela mesmo estabelecidos (CAPEZ, 2013, p. 39).

Também nesse período, Feuerbach teve o mérito de demonstrar que o princípio da legalidade, além de fundamentar-se na limitação do arbítrio estatal, também atendia a uma função de coação psicológica através da determinação da pena, contudo, para possibilitar a dissuasão de determinados atos, estes deveriam estar devidamente previstos em lei para serem conhecidos pela população (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2014, p. 34).



A história mostra a grande conquista que foi e a suma importância da obediência, por parte dos Estados modernos ao princípio da legalidade, especialmente, no que tange às garantias individuais dos cidadãos contra as arbitrariedades do ente Estatal para um governo abusivo, senão tirano.

Isso é evidenciado através dos tristes relatos históricos que se tem dos governos que tentaram suprimir essa garantia basilar conquistada pela humanidade, como os governos Absolutistas do século XX, na Alemanha e na União Soviética. Nesse sentido, abordam Junqueira e Vanzolini (2014, p. 34) que "todo retorno ao autoritarismo, em regra, traz consigo o repúdio aos limites impostos pela legalidade".

Isso porque, para fazerem valer suas imposições totalitárias e repressoras de direitos, buscaram suprimir a garantia do princípio da legalidade em que o Estado só pode valer-se de seu poder punitivo quando os cidadãos vierem a praticar as ações previamente estabelecidas como delitos, ao passo que legitimaram a incriminação pela analogia e a imputação de crimes por meio de expressões vagas, passíveis de interpretação ilimitada para considerar crime qualquer conduta.

Explicitando tais informações, revela Dotti (2013, p. 141-142) que, na Alemanha nazista, sustentava-se a legitimidade da incriminação por analogia através da disposição vaga introduzida por uma lei de 1935, que alterou o § 2º do CP de 1871, para declarar: "Será punido quem cometer um crime declarado punível pela lei, ou que mereça uma sanção segundo a ideia fundamental da lei penal e o são sentimento do povo". Já na União Soviética, a analogia foi admitida pelo art. 6º do CP de 1922 que dispunha: "Como delito deve ser considerada toda ação ou omissão socialmente perigosa, que ameaça os princípios básicos da Constituição soviética e a ordem jurídica criada pelo governo dos operários e camponeses, para o período de transição do Estado comunista".

Por sua vez, no Brasil, cumpre destacar que, durante o período colonial, vigoraram como conjunto normativo, em âmbito penal, as Ordenações Afonsinas (1500-1512), substituídas pelas Ordenações Manuelinas (1512-1603), seguidas pelas Ordenações Filipinas (1603-1830), que vigoraram até entrar em vigor o Código Criminal de 1830 (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 142-144).

Nesse período de vigência das Ordenações, as penas eram desproporcionais, tendo por objetivo o castigo cruel do criminoso e a intimidação dos demais indivíduos, tanto é que, nesta época, a pena de morte era cominada à

maioria dos delitos e apresentava quatro formas de execução: morte cruel, morte atroz, morte simples e morte civil (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 145).

Logo, entende-se que o princípio da legalidade não vigorou no período das Ordenações, sendo que, para alguns delitos, a sanção aplicável ficava a critério do julgador (pena criminal arbitrária) (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 145).

Por sua vez, em nível constitucional, o princípio da legalidade foi previsto em todas as Constituições Brasileiras. Conforme dispõe Dotti (2013, p. 138):

Embora sem a mesma precisão terminológica adotada pela Carta de 1988, a garantia vem sendo afirmada desde a Constituição do Império (1824, art. 179, § 11) e das Cartas Políticas republicanas [(1891, art. 72, § 15); (1934, art. 113, §§ 26 e 27); (1937, art. 122, § 13); (1946, art. 141, § 29); (1967, art. 150, § 16); (1969, art. 153, § 16)].

Nesse ponto, urge esclarecer que o princípio da legalidade penal encontra-se assegurado como garantia constitucional, ainda que de forma implícita, desde a Constituição do Império de 1824, já com base nas disposições francesas/iluministas, que determinava: "Ninguém será sentenciado senão por autoridade competente e em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita". Redação semelhante também foi utilizada nas Constituições que a seguiram (1891, de 1934, de 1937, de 1946 e de 1967), vindo a prever uma fórmula expressa desse princípio somente na Constituição de 1988, conforme já descrito (MÉDICI, 2004, p. 193).

Ademais, o princípio da legalidade também foi previsto expressamente em todos os Códigos Penais Brasileiros, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, em 1984 (GRECO, 2014a, p. 99).

Com caráter informativo, vale abordar as redações antigas do princípio da legalidade nos Códigos Penais anteriores ao de 1940, como bem expõe Dotti (2013, p. 138):

O Código Criminal do Império brasileiro (1830) declarava: "Não haverá crime ou delicto (palavras sinonimas neste Código) sem uma Lei anterior que o qualifique". O CP da Primeira República (1890) assim dispunha: "Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, nem com penas que não estejam previamente estabelecidas". E a Consolidação das Leis Penais (1932) mantinha esta última redação.

A Constituição Federal de 1988 deixa clara a importância do princípio da legalidade ao inseri-lo em seu artigo 5º, inciso XXXIX, na parte destinada aos direitos e as garantias individuais (Título II), devendo, então, ser fundamentalmente respeitado.

#### 2.4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA SUBDIVISÃO COMO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Como já restou esclarecido, o princípio da legalidade é a base central do Direito Penal, sendo que através das máximas *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, atribui-se a este princípio a qualidade de garantia aos cidadãos contra a discricionariedade e o abuso estatal incriminatório (MARQUES, 2013, p. 107).

O princípio da legalidade encontra-se explícito tanto na Constituição Federal (artigo 5º, XXXIX), como no Código Penal de 1940 (artigo 1º), relevando-se através da seguinte frase: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Em análise do texto dos mencionados dispositivos legais, é possível dividir o princípio da legalidade em dois "sub-princípios", quais sejam: o da reserva legal, pelo qual se restringe a existência de um crime e de sua decorrente pena/sanção a sua previsão em lei, e o da anterioridade, que exige para a caracterização do crime, que a lei que defina determinada conduta como crime esteja vigente quando da prática do delito (CAPEZ, 2013, p. 57).

Nesse ponto, vale ressaltar que há divergência doutrinária, tendo em vista que alguns juristas entendem ser o princípio da legalidade e o da reserva legal a mesma coisa, já outros, acreditam ser este uma subdivisão daquele.

Não adentrando a discussão, tendo em vista que este trabalho utiliza-se do sentido amplo do princípio da legalidade, vale discorrer que, em linhas gerais, o princípio da legalidade, em sentido amplo, determina que a elaboração de normas penais incriminadoras é função exclusiva da lei, que determinará precisamente as condutas criminosas que se busca evitar e suas cominações sancionatórias, não podendo valer-se de outras fontes de direito para imputar-se à alguém a prática de uma conduta criminosa e sua conseqüente penalização. Por sua vez, a reserva legal traduz-se pelo fato de qualificar a lei que pode criar delitos, estabelecendo

formalidades, geralmente com vistas aos preceitos Constitucionais, na produção legal para que tenha validade (BITENCOURT, 2012, p. 89-90).

Com isso, denota-se que somente a lei penal escrita pode incriminar a conduta humana e estabelecer sua sanção, dirigindo-se este princípio ao Estado-legiferante, proibindo-lhe de exercer seu poder punitivo contra os cidadãos quando não houver lei anterior aos fatos por eles praticados definindo-os como crime e cominando suas penas, vedando, ademais, a incriminação através dos costumes e aplicações análogas de normas incriminadoras às condutas não previstas em lei como delito (DOTTI, 2013, p. 142).

Para Puig (2007, p. 89-90), decorrem do princípio da legalidade três requisitos ao ordenamento jurídico para que seja imputada uma sanção penal a alguém em virtude da prática de um delito, verbalizados através das expressões *lex praevia*, *lex scripta* e *lex stricta*, as quais define:

- a) Com a exigência de uma *lex praevia* se expressa a "proibição de retroatividade" das leis que punem novos delitos ou agravam suas penas: é preciso que o sujeito possa saber, no momento em que atua, se vai incorrer em algum delito ou em alguma nova pena. Esse aspecto do princípio da legalidade está relacionado com o seu sentido de proteção da segurança jurídica. Não está proibida, entretanto, a retroatividade de lei penal mais favorável que venha a suprimir algum delito ou a atenuar sua pena. [...]
- b) Com a exigência de uma *lex scripta* fica, obviamente, "excluído o costume", como possível fonte de delitos e penas. Mas também não basta qualquer norma escrita, sendo necessário que possua "status de lei" emanada pelo Poder Legislativo, representante do povo. Isto está vinculado ao sentido de garantia política do princípio da legalidade. Ficariam excluídas como fonte de delitos e penas as normas regulamentares emanadas do Poder Executivo, como Decretos, Ordens Ministeriais etc.
- c) O terceiro requisito, o da *lex stricta*, impõe um certo grau de "precisão" da lei penal e "exclui a analogia" que prejudique o réu (analogia in malam partem). O postulado da precisão da lei origina o chamado "mandado de determinação", que requer que a lei determine de forma suficientemente diferenciada as distintas condutas puníveis e as penas que possam acarretar. Constitui o mesmo aspecto material do princípio da legalidade que trata de evitar a burla do significado de segurança e garantia deste princípio, burla que ocorreria caso a lei penal prévia se limitasse a utilizar cláusulas gerais absolutamente indeterminadas.

Ademais, acrescentam Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p.140) que só existe a possibilidade jurídica de uma pena quando previamente estiver predeterminada uma conduta como crime em lei (*nulla poena sine crimine*), na qual também deverão estar vinculados os parâmetros da pena, que deverá ser determinada como uma consequência jurídica necessária (*nullum crimen sine poena legali*) e adequada a punição do injusto praticado.

Assevera-se que o princípio da legalidade deve ser compreendido em seu aspecto formal, quando limita o direito de punir do Estado à prévia existência de uma lei que a possibilite, e também em seu aspecto substancial, o qual subordina a lei à observância e obediência aos direitos fundamentais (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2014, p. 150).

Mencionou-se que as normas penais incriminadoras são, necessariamente, criadas através de lei formal, que por tratar de uma medida drástica contra a população, merece maior formalidade para ser criada, o que seria o princípio garantista da reserva legal, que merece melhor explicação.

## 2.5 FONTE DAS NORMAS PENAS INCRIMINADORAS

*Ab initio*, vale discorrer que o Direito Penal é formado por dois grupos normativos, sendo eles: a) normas penais incriminadoras, que são classificadas como as normas penais que definem as infrações penais e estabelecem, como forma de ameaça a sua prática, suas sanções correspondentes (pena ou medida de segurança); e, b) normas penais não incriminadoras, que estabelecem pautas para o exercício do *jus puniendi*, tendo por finalidades tornar lícitas determinadas condutas, discorrer acerca de causas de isenção de pena frente a culpabilidade do agente, esclarecer determinados conceitos e fornecer princípios de caráter geral à aplicação da norma penal (GRECO, 2014a, p. 21-22).

Abster-se-á, nesse trabalho, da discussão acerca da criação das normas penais incriminadoras, as quais quando analisadas, dividem-se, seguindo o princípio da legalidade, em dois preceitos: a) preceito primário, que é propriamente a descrição das condutas proibidas, destinadas aos cidadãos; e, b) preceito secundário, destinados aos magistrados impondo-lhe os limites de pena que podem impor a quem os cometerem (BITENCOURT, 2012, p. 374).

Extrai-se do conceito do princípio da reserva legal que, no Direito Penal, a criação de normas penais incriminadoras, ou seja, a proibição da prática de determinadas condutas sob a ameaça de sanção, sujeita-se, necessariamente, a sua previsão por lei (GRECO, 2014a, p. 98).

De acordo com o disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal, sendo a única fonte de produção tanto de normas gerais como a criação de delitos, sob a ameaça de

sanção. Ainda, adotando a Constituição Federal o sistema representativo preconizado em seu parágrafo único do art. 1º: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos desta Constituição.", institui-se que somente com a conjugação da vontade do povo, representado pelos deputados, com a vontade dos Estados, representados pelos senadores, com a sanção do Presidente da República, é que se pode inovar em matéria penal, tanto na criação como na revogação, seja parcial ou total das leis penais (GRECO, 2014a, p. 15-16).

Assim, necessária se faz a criação dos tipos penais somente por lei em sentido estrito, pelo Poder Legislativo, cuja função típica é a elaboração de normas, exprimindo a vontade da população. Neste sentido lecionam Muniz e Silva (2014, p. 320) ao dispor:

O princípio da reserva legal determina que somente lei em sentido estrito (lei ordinária ou complementar) pode criar regras de direito penal, sendo estas, por isso, sempre emanadas do órgão estatal que detém a parcela de soberania competente para inovar na ordem jurídica, legitimada pela vontade do povo. Lei penal é *lex Populi*, pois, em um Estado que se rege pela legalidade (Estado de Direito), o povo é quem deve definir quais são as condutas que serão consideradas infrações penais perante a sociedade. No Estado brasileiro, o povo cria as suas normas penais através de seus representantes eleitos, que compõem o Congresso Nacional.

Justifica-se a competência exclusiva do Poder Legislativo para a criação de normas penais incriminadoras, tanto novos crimes, como circunstâncias agravantes/qualificadoras, em razão de seus membros terem sido escolhidos pelo povo como seus representantes, retirando, em tese, o exercício propriamente arbitrário. Sendo inconstitucional a utilização de outro ato normativo ou analogia para instituir novos crimes ou circunstâncias prejudiciais aos réus (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 108).

A reserva legal ainda mostra-se de caráter absoluto, impedindo a delegação por parte do poder legiferante de matéria de sua competência exclusiva, em virtude do princípio da separação dos poderes. Com isso, entende-se que um dos principais objetivos desse princípio é impedir o acesso do Poder Executivo à edição de normas penais (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 141).

Acrescenta, ainda, nesse sentido, Médici (2004, p. 197) que "ao Poder Judiciário cabe tão-somente a tarefa de dizer se, no caso concreto, existe ou não a conduta previamente definida como ilícito penal".

Explicando o sistema representativo na criação de normas incriminadoras, discorre Greco (2014a, p. 16) que "quando a União cria tipos penais incriminadores, por exemplo, é como se todo o brasileiro tivesse anuído para com a inovação feita ao sistema jurídico-penal, em virtude da adoção do aludido sistema representativo".

Nesse sentido, revela-se pelo princípio da reserva legal que para a criação válida de novos crimes, em razão da séria gravidade de suas disposições, é necessário que sua imputação seja estabelecida por meio de lei específica, oriunda do Poder Legislativo Federal, porquanto num sistema representativo, expressa-se a vontade de toda a população por meio dos agentes políticos eleitos, sendo inconstitucional a adoção de outra forma de produção normativa ou ainda a utilização da analogia para imposição de crimes.

## 2.6 DOS TIPOS PENAIS E DA TIPICIDADE

Como já restou esclarecido, o princípio da legalidade, impõe a obrigação ao legislador de que, quando este quer impor ou proibir condutas de serem praticadas pela população sob a ameaça de sanção, deverá valer-se de uma lei. Essa criação legislativa em sentido estrito que descreve uma conduta (comissiva ou omissiva) como crime a fim de proteger determinado bem insuscetível de tutela pelos demais ramos do Direito, chama-se tipo penal. De acordo com Greco (2014a, p. 163) "tipo, como a própria denominação diz, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento - a lei -, visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós".

O tipo penal, por sua vez, pode ser dividido em: a) básico/fundamental quando se tratar da forma mais simples de descrição da conduta proibida; e b) tipo derivado, quando a partir dessa fórmula simples, são determinadas novas circunstâncias que podem diminuir ou aumentar a penalidade prevista no tipo básico (GRECO, 2014a, p. 174).

De todo o já exposto, denota-se que o tipo penal é a verdadeira lei em sentido estrito que preconiza o Direito Penal como forma de garantia individual. Dessa forma, dada a sua relevância para o princípio fundamental da legalidade, Greco (2014a, p. 189-190) destaca que o tipo exerce três funções importantes, sendo elas, a função de garantia, a função fundamentadora e a função selecionadora de condutas e assim as define:

Exerce o tipo uma função de garantia, uma vez que o agente somente poderá ser penalmente responsabilizado se cometer uma das condutas proibidas ou deixar de praticar aquelas impostas pela lei penal. Aqui, ressalta-se a ideia de Von Liszt, quando diz que o "Código Penal era a Carta Magna do delinquente". Isso porque é lícito fazer tudo aquilo que não foi proibido pela lei penal. O tipo exerce essa função de garantia, uma vez que temos o direito de, ao analisá-lo, saber o que nos é permitido fazer. [...] Se, por um lado, o tipo exerce essa função garantista, também é certo afirmar que o Estado, por intermédio do tipo penal, fundamenta suas decisões, fazendo valer o seu *ius puniendi*. A relação entre essas funções do tipo - garantista e fundamentadora - é como se fosse duas faces de uma mesma moeda. Numa das faces está o tipo garantista, vedando qualquer responsabilização penal que não seja por ele expressamente prevista; na outra, a função fundamentadora por ele exercida, abrindo-se a possibilidade ao Estado de exercitar o seu direito de punir sempre que o seu tipo penal for violado.

Além das funções de garantia e fundamentadora, podemos dizer, também, que ao tipo cabe outra, qual seja, a função de selecionar as condutas que deverão ser proibidas ou impostas pela lei penal, sob a ameaça de sanção. Nessa seleção de condutas feita por intermédio do tipo penal, o legislador, em atenção aos princípios de intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, traz para o âmbito de proteção do Direito Penal somente aqueles bens de maior importância, deixando de lado as condutas consideradas socialmente adequadas ou que não atinjam bens de terceiros. Dessa forma, a seleção de condutas a serem proibidas ou impostas caberá ao tipo, verdadeiro instrumento do Direito Penal.

Por sua vez, a adequação da conduta humana revelada no mundo real com a conduta-molde em abstrato descrita na lei penal incriminadora como delito, denomina-se tipicidade (BITENCOURT, 2012, p. 740).

Dessa feita, a tipicidade exerce uma função delimitadora da ilicitude penal, pois por mais reprovável ou desprestigiado que seja um ato, não configurará crime sem que haja a plena adequação do fato a um tipo penal incriminador (sem tipicidade) (MÉDICI, 2004, p. 100).

## 2.7 FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Vale discorrer que princípio da legalidade se enquadra como um direito fundamental, tendo em vista sua previsão no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Sua criação e previsão encontram amparo na proteção da população contra possíveis abusos de poder por parte do Estado. Acerca deste princípio, Greco (2014a, p. 100) abordou suas principais funções:

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais:  
 1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);  
 2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);



- 3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);  
4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Das funções fundamentais elencadas acima, a que recebe maior abrangência e importância no presente trabalho é a proibição do emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas. Essa função do princípio da legalidade vem para impedir que o intérprete da lei penal utilize-se da analogia das normas penais para aplicá-la a fatos similares, mas que o legislador não previu expressamente como crime, em manifesto prejuízo do agente, tanto criando crimes, como incluindo novas causas de aumento de pena ou circunstâncias agravantes (GRECO, 2014a, p. 100).

## 2.8 APLICAÇÃO DA ANALOGIA NO DIREITO PENAL

Com base no que foi exposto, chega-se ao ponto de análise da aplicação da analogia no Direito Penal, da qual, superficialmente, entender-se-ia ir de encontro ao princípio da legalidade, mas tal instituto merece maior estudo, tendo em vista que a sua vedação no âmbito penal é proibida de forma geral somente em interpretação que venha a prejudicar os agentes do delito, ou seja, que seria afetado negativamente com a analogia (*in malam partem*).

De acordo com Bitencourt (2012, p. 395) “interpretar é descobrir o real sentido e o verdadeiro alcance da norma jurídica”.

No que tange ao Direito Penal, não existe nenhum método particular de interpretação, podendo, neste ramo, ser utilizado qualquer meio idôneo de hermenêutica, desde que respeitados os limites impostos pelo princípio da legalidade (BITENCOURT, 2012, p. 396).

Nesse sentido preceitua Dotti (2013, p. 339) como as exceções interpretativas que extrapolam o princípio da legalidade ao referi-las: “a) não se admite a analogia para os efeitos de se reconhecer crime e estabelecer sanções; b) não se admite, para os mesmos fins, a aplicação dos princípios gerais de direito e a interpretação extensiva”.

A interpretação normativa é função originária dos juristas, a quem compete como atribuição principal aplicar o Direito (normas) aos casos reais. Com

essa interpretação deve-se buscar a máxima compreensão do sentido e alcance das leis.

Nesse diapasão, Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 186) releva a importância da interpretação jurídica das normas, sempre com base nos valores jurídicos fundamentais e ainda elege os mais diversos meios de interpretação para alcance da mais completa interpretação normativa ao dispor:

O Direito emerge nitidamente como ciência do espírito no momento em que o jurista procura atingir o verdadeiro sentido e a exata compreensão das normas jurídicas. Portanto, interpretar um texto normativo significa captar sua essência, compreendê-lo, esclarecendo e fixando seu sentido e alcance. Deve, pois, a interpretação procurar conformar o ato interpretativo aos princípios constitucionais e aos valores jurídicos fundamentais (segurança jurídica e justiça), dentro das margens legais. Para alcançar sua finalidade, a interpretação se utiliza de vários métodos ou processos: filológico (literal ou gramatical); lógico-sistêmico e teleológico, ou, ainda, interpretação literal ou semântica (gramatical, linguística, verbal) e interpretação lógica, racional (elementos racional, sistemático e histórico).

Vale nesse ponto, salientar que a interpretação judicial configura-se como aquela utilizada pelos órgãos jurisdicionais para aplicação da lei de acordo com o preceito valorativo por ela expresso. Convém, ainda, discorrer que embora os magistrados e tribunais não podem criar novas leis penais (lei *strictu sensu*), podem, contudo, adaptarem o sentido da lei aplicado à realidade, exercendo uma função criadora (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 190).

Desta forma, em virtude dessa ampla possibilidade de interpretação pelos magistrados das normas penais, muitas vezes eles extrapolam os limites interpretativos das normas taxativas. Em vista disso, levando-se em consideração o todo abordado até aqui sobre o fundamento do garantismo penal e do princípio da legalidade, entende-se que é essencial evitar essas arbitrariedades quando aumentam o poder punitivo estatal e que podem vir a prejudicar os apenados.

Mostra-se, portanto, oportuno conceituar analogia, instituto que de acordo com Greco (2014a, p. 46) é “uma forma de autointegração da norma, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante”.

A fim de evitar qualquer dúvida cabe distinguir analogia de interpretação analógica, que podem ser perfeitamente diferenciadas de acordo com os ensinamentos de Junqueira e Vanzolini (2014, p. 37) ao lecionarem:

Cabe diferenciar analogia de interpretação analógica, que é espécie de interpretação extensiva. Analogia é forma de integração do ordenamento jurídico, consistente na aplicação de uma norma existente a um caso semelhante, em relação ao qual haja uma lacuna legal. Já a interpretação analógica consiste no uso, pelo legislador, de uma forma genérica que se presta a identificar várias situações específicas, regidas por exemplo casuísticos colocados previamente, sendo exemplo disso o art. 121, § 2º, I, do Código Penal.

Na aplicação da analogia não se está diante de uma norma cujo texto apresente-se obscuro ou incerto e que se procure esclarecer o sentido, mas sim diante de uma ausência de lei que discipline especificamente a situação estudada, utilizando no caso concreto uma solução prevista de forma específica a outra norma (BITENCOURT, 2012, p. 417).

No Direito Penal limita-se o recurso à analogia, sendo que nos dizeres de Bitencourt (2012, p. 419) “nas leis penais incriminadoras, como essas leis, de alguma forma, sempre restringem a liberdade do indivíduo, é inadmissível que o juiz acrescente outras limitações além daquelas previstas pelo legislador”, todavia quando for para beneficiar o réu será sempre admissível.

No que tange, portanto, ao estudo da analogia no Direito Penal, deve-se dividi-la em: analogia favorável ao agente (*in bonam partem*) e analogia prejudicial ao agente (*in malam partem*), sendo a primeira hipótese conforme dito, perfeitamente cabível no Direito Penal, já a segunda está fortemente vedada, tendo em vista configurar-se como uma violação ao princípio da legalidade. O Excelsior Greco (2014a, p. 48) bem as diferencia ao dispor:

Quando se inicia o estudo da analogia em Direito Penal, devemos partir da seguinte premissa: é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranges hipóteses não previstas expressamente pelo legislador etc. A aplicação da analogia *in bonam partem*, além de ser perfeitamente viável, é muitas vezes necessária para que ao interpretarmos a lei penal não cheguemos a soluções absurdas. Se a analogia *in malam partem*, já deixamos entrever, é aquela que, de alguma maneira, prejudica o agente, a chamada analogia *in bonam partem*, ao contrário, é aquela que lhe é benéfica.

Nesse sentido ensina Jesus (2014, p. 97) ao dispor:

A aplicação do procedimento analógico no Direito Penal é objeto de tratamento particular. Encontra-se proibida em relação às normas penais em sentido estrito, quais sejam, as que definem infrações e cominam penas (as denominadas normas penais incriminadoras). Não pode a analogia criar

figura delitiva não prevista expressamente, ou pena que o legislador não haja determinado. Contra ela vige a regra de reserva legal em relação aos preceitos primário e secundário das normas definidoras de condutas puníveis. Nessas hipóteses, poder-se-á, quando muito, lamentar a existência de omissões. Mas não poderão elas ser jamais preenchidas pelo intérprete através do suplemento analógico.

Demonstra-se, deste modo, que a analogia da norma penal está vedada quando sua “nova interpretação” venha a prejudicar os Réus. Com efeito, tratando-se o princípio da legalidade de uma proteção individual e em virtude de o ordenamento jurídico Brasileiro prezar pela prevalência do interesse do Réu, quando existir lacuna da lei em matéria penal, deve-se buscar a resolução do caso com enfoque em beneficiar o réu, jamais prejudicá-lo (NUCCI, 2010, p. 94).

No ordenamento jurídico brasileiro compete, via de regra, ao Poder Judiciário a função típica de julgar, ou seja, cabe aos juízes a interpretação e aplicação da lei aos casos concretos/reais. Contudo não podem os magistrados instituir aos outros membros da sociedade penas mais severas do que prevê a lei. Nesse entendimento nos ensina Beccaria (2013, p. 23-24):

Nenhum magistrado, que também faz parte da sociedade, pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois a pena justa é acrescida de um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob qualquer pretexto do bem público, aumentar a pena estabelecida para um cidadão delinquente.

Todavia, até mesmo os julgadores dos Tribunais Superiores, ministros com notório saber jurídico, muitas vezes, proferem decisões que, em tese, estariam vedadas pelo princípio da legalidade, sendo tratado no presente trabalho o caso específico dos atuais julgados emanados pelos referidos tribunais acerca da possibilidade de aplicação da majorante do furto noturno ao furto qualificado, questionando-se sua legalidade.

### **3 CRIME DE FURTO (ARTIGO 155, DO CÓDIGO PENAL): ANÁLISE DOS INSTITUTOS DO FURTO NOTURNO (§ 1º) E DO FURTO QUALIFICADO (§ 4º E § 5º)**

A fim de demonstrar a importância do estudo do delito do furto em todas as questões que envolvem o seu tipo penal, vale, primordialmente, ressaltar a relevância que o ordenamento jurídico brasileiro dá ao patrimônio, como um objeto que merece grande tutela, inclusive em nível constitucional.

Isto evidencia-se através do disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao eleger, dentre os direitos individuais fundamentais garantidos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à propriedade. Com isso, o Código Penal vem para tutelar e proteger o direito de propriedade contra as mais diversas formas que pode ser ofendido, mais especialmente em seu Título II (NUCCI, 2013, p. 781).

Como já mencionado, o Direito Penal visa, acima de tudo, com a criação de delitos sob a pena de uma sanção predeterminada aos que transgredirem a norma, a tutela dos bens mais importantes no convívio humano que não puderem ser perfeitamente salvaguardados pelos outros ramos do Direito.

Nesse sentido, demonstra-se a importância do patrimônio no ordenamento jurídico brasileiro, visto tratar-se do segundo valor fundamental consagrado e protegido pelo Direito Penal. Bem esclarece a questão Estefam (2012, p. 373) ao dispor que "depois de tutelar a pessoa, sob diversos aspectos (vida, saúde, integridade corporal, honra, liberdade individual), preocupa-se nossa lei criminal com a relação entre os homens e seus bens materiais".

Dada a preocupação do legislador na proteção do patrimônio, surgem os institutos do furto, roubo e apropriação indébita, tendo por objeto a coisa móvel. Sendo que a ordem de disposição legal inicia-se pelo furto simples que, nas palavras de Noronha (2003, p. 213), constitui o "tipo fundamental dos crimes contra o patrimônio mobiliário", passando-se na sequência à previsão do furto qualificado, que merece mais reprovabilidade pelas circunstâncias da prática delitiva.

Nesse ponto, incumbe esclarecer que o presente estudo restringe-se a abordagem do delito de furto, tipificado no artigo 155 do Código Penal, em especial acerca da incidência, na dosimetria da pena, da causa de aumento especial do furto praticado durante o repouso noturno nas hipóteses de prática de furto qualificado.

Para melhor compreensão do tema, considera-se de suma importância a análise pormenorizada do tipo penal do furto desde sua forma simples, com suas características gerais e hipóteses de incidência, passando-se ao exame das formas derivadas, que embora tragam novas peculiaridades de incidência, pressupõem, ainda, o atendimento dos requisitos do tipo penal básico para sua configuração.

### 3.1 DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Conforme já salientado, o Direito Penal quando tutela o patrimônio visa reforçar a proteção dada a tal instituto por outros ramos do Direito, especialmente pelo Direito Civil, o qual, por si só, não consegue suficientemente reprimir e evitar a prática de ilícitos patrimoniais. Para tanto, o Direito Penal selecionou as ações mais temerárias e atribuiu-lhes o caráter de ilícito penal, buscando proteger a propriedade, num interesse social e não individual, sob a ameaça de sanção penal (CAPEZ, 2012, p. 430).

Para tal, o Código Penal destinou o Título II de suas disposições, denominado "Dos crimes contra o patrimônio", para prever as infrações penais que tem como principal objetivo a tutela do patrimônio, sendo este entendido, de acordo com a lição de Estefam (2012, p. 380) como "o complexo de relações jurídicas encabeçadas por um sujeito que tem por objeto último coisas dotadas de utilidade, isto é, de capacidade de satisfazer necessidades humanas, materiais ou espirituais".

Ademais, sobre o patrimônio esclarece Noronha (2003, p. 208). que "não se confunde ele com a propriedade, por ser mais amplo e compreensivo do que ela".

Dito isto, denota-se que a prevalência do interesse patrimonial é o fundamento caracterizador dos crimes contra o patrimônio. Dessa feita, delitos como o peculato e a corrupção passiva, que também lesam o patrimônio, não são inclusos nessa classe, porquanto acima do patrimônio, estes delitos visam tutelar o exercício da administração pública (NORONHA, 2003, p. 211).

Vale dizer, ainda, que embora o patrimônio seja o valor principal objeto de tutela desse título, ele não é o único, tendo em vista que tutela, de forma secundária, outros valores, especialmente nos crimes complexos que atingem mais de um bem jurídico digno de proteção, como por exemplo o crime de roubo (artigo 157 do Código Penal) que salvaguarda o patrimônio e a integridade corporal e psíquica das pessoas (ESTEFAM, 2012, p. 373).

Outro ponto relevante, digno de nota desse título, é o valor econômico dos bens, objetos das práticas delitivas nele descritas, visto tratarem-se de crimes contra o patrimônio. Embora seja uma característica de grande relevância na maioria dos delitos patrimoniais, não é requisito indispensável, porquanto patrimônio não revela necessariamente algo suscetível de valoração pecuniária e ainda, outros valores também são tutelados nos delitos em comento.

Nesse sentido, vale destacar o entendimento de Estefam (2012, p. 376) sobre o tema:

De fato, essa característica está presente em praticamente todas as infrações do Título II. Não é, contudo, requisito indispensável. Deve ela ser levada em conta, segundo nos parece, somente naquelas infrações que contenham o patrimônio como a única e exclusiva objetividade jurídica protegida (p. ex., o furto) e, mesmo nesses casos, não de modo absoluto. Isto porque, repita-se, o patrimônio traduz uma relação jurídica entre a pessoa e o objeto, dotado de utilidade, e capaz de satisfazer necessidades materiais e espirituais (ou seja, afetivas). “A concepção do patrimônio, para o Direito Penal, guarda sentido amplo: acervo de bens e objetos tangíveis e conjunto de direitos e deveres pertencentes a uma pessoa física ou jurídica, não necessariamente suscetíveis de valoração econômica imediata”. Desta forma, aquele que subtrai, para si, objeto de inexpressivo valor econômico, mas sabidamente caro sentimentalmente para seu titular, comete furto. Do mesmo modo, quem toma de assalto uma pessoa e, mediante violência, retira-lhe bem de ínfimo valor, comete roubo (que se trata de delito complexo).

Feita esta breve explanação acerca dos crimes contra o patrimônio, é importante mencionar que o Título II do Código Penal é dividido em oito capítulos, sendo que os sete primeiros preveem os crimes em espécie e, o último, estabelece algumas imunidades em relação aos delitos tratados nos anteriores (GONÇALVES, 1998, p. 01).

Dentre esses delitos, está inserto o crime de furto, principal objeto de estudo do presente trabalho, do qual se passa a discorrer.

### 3.2 BREVE HISTORICIDADE DO FURTO NO MUNDO E NO BRASIL

Antes de adentrar na análise jurídica do crime de furto, discorre-se sobre o histórico do crime de furto, tanto no mundo como no Brasil, para entender sua evolução e razão.

O furto é um delito de prática corriqueira e incriminado em todas as sociedades, inclusive desde a antiguidade, tanto é que a legislação mosaica, o Alcorão, o Código de Hamurabi e o Código de Manu já exprimiam, através de seus

textos, a preocupação dos povos antigos em reprimir referida conduta (PRADO, 2013, p. 419).

A punição do *furtum* também pode ser encontrada no Direito Romano, onde não se estabelecia nenhuma diferença entre a subtração violenta e a subtração sem violência (NASCIMENTO, 2000, p. 196). Ainda, demonstra-se a importância do instituto ao perceber-se que comportamento similar ao que hoje é considerado furto já era punido em Roma desde a Lei das XII Tábuas, todavia, eram estabelecidas diferenças entre, o furto em que o agente era surpreendido em flagrante, e o furto em que não havia flagrância.

Sobre o tema, bem leciona Estefam (2012, p. 378) ao dispor:

Ao tempo da Lei das XII Tábuas (primeiro documento legal escrito de Roma, elaborado em 462 a.C.), punia-se comportamento muito semelhante à atual noção de furto, que se distinguiu, ademais, no *furtum manifestum* (o agente era surpreendido em flagrante cometendo a infração penal), apenado com morte, e no *furtum nec manifestum* (o agente não era apanhado em flagrante), punido com sanção pecuniária, estimada em face do valor do bem subtraído.

Por sua vez, o Brasil do período colonial, quando vigoravam como documentos jurídicos as Ordenações do Reino português, já punia o crime de furto, todavia a punição era exacerbada, porquanto a regra tanto nas Ordenações Afonsinas como nas Ordenações Filipinas era a pena de morte, a qual somente não seria executada se o condenado pagasse o anoveado (nove vezes o preço da *res furtiva*) ao pé da forca (ESTEFAM, 2012, p. 379).

Já na fase imperial, o furto foi abordado no Código Criminal do Império (1830-1890), em seu artigo 269, no capítulo "Dos crimes contra a propriedade" e mostrou um avanço na redação da conduta ilícita, prevendo expressamente o elemento subjetivo (a vontade do assenhoreamento definitivo do bem). Ademais, o Código Penal Republicano (1890-1932), disciplinou o furto em seu artigo 330, no capítulo dos crimes contra a propriedade pública e a particular (PRADO, 2013, p. 422).

Por fim, com o advento do Código Penal de 1940 que ainda vigora no ordenamento jurídico brasileiro, passando neste longo período por algumas reformas, o legislador suprimiu a expressão do tipo penal em comento "contra a vontade de seu dono", prevista no Código Penal anterior, que, em verdade, é uma circunstância intrínseca à conduta do furto (PRADO, 2013, p. 423).



Passa-se então à análise deste tipo penal, em vigor desde aquela época.

### 3.3 DO CRIME DE FURTO E SUAS ESPÉCIES

O crime de furto está previsto no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 155 do Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Código Penal), dispositivo legal este que, além da forma simples de subtrair bem do patrimônio alheio, prevê outras formas de cometimento do delito que merecem mais reprovabilidade, com penas culminadas maiores, denominadas qualificadoras, além de uma causa de aumento da pena e uma causa de diminuição da pena/privilégio. Para melhor elucidação, mostra-se necessário transcrever todo o tipo penal nos termos da lei, que dispõe:

#### Furto

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

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

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

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

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

#### Furto qualificado

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

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

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

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

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

§ 6º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração (BRASIL, 2017b).

Com isso, primordialmente, tem-se obedecido a máxima do princípio da legalidade em razão da infração estar devidamente prevista em lei e com a pena cominada para punição aos que vierem a praticá-la. Todavia, deve-se atentar a atividade dos juristas, os quais, no exercício de sua função de interpretar a lei, passaram a interpretar o conteúdo das expressões abordadas no dispositivo supracitado, gerando divergência no alcance da norma, fazendo-se, então, necessário abordar individualmente cada situação fática descrita no tipo e suas incidências.

Inicialmente, para adentrar no tema, mostra-se imprescindível conceituar furto, que conforme Nucci (2013, p. 781):

Furtar significa apoderar-se ou assenhorear-se de coisa pertencente a outrem, ou seja, tornar-se senhor ou dono daquilo que, juridicamente, não lhe pertence. O *nomen juris* do crime, por si só, dá uma bem definida noção do que vem a ser a conduta descrita no tipo penal.

Desse conceito, podemos extrair que são três os elementos necessários para a configuração do furto, quais sejam: (1) subtração, (2) coisa alheia móvel e (3) o *animus* do assenhoreamento definitivo do bem (NASCIMENTO, 2000, p. 200).

Nesse ponto vale esclarecer que todos os requisitos e características apresentadas são obtidas e indispensáveis à configuração do furto na sua forma simples, expressa no *caput* do artigo em comento, mas que também são necessárias para a configuração das formas derivadas do furto, previstas nos parágrafos do mesmo dispositivo legal.

A exigência do ânimo de assenhoreamento definitivo (*animus rem sibi habendi* ou *animus furandi*) é o que justamente impede a incriminação do furto de uso, ante a ausência dessa característica (ESTEFAM, 2012, p. 381).

A ação física necessária para a perpetração do furto é extraída do verbo subtrair, núcleo do tipo penal em comento, que significa inverter o título da posse, ao retirar o objeto da esfera de disponibilidade da vítima, visando tê-lo para si ou para outrem (ESTEFAM, 2012, p. 381).

Desse conceito, denota-se outro ponto de relevante importância do tipo penal em análise. Qual a objetividade jurídica do crime de furto?

Este é um tópico que já foi digno de grande divergência doutrinária, visando esclarecer o que o tipo penal do artigo 155 do Código Penal busca proteger. Nesse sentido surgiram quatro correntes: (1) visa tutelar somente o direito de propriedade; (2) somente a posse é protegida; (3) protege tanto a posse como a propriedade e (4) tutelam a propriedade, a posse e a detenção do bem (PRADO, 2013, p. 424-425).

A grande maioria doutrinária segue o entendimento trazido por Noronha (2003, p. 214) de que o tipo penal do furto tutela imediatamente a posse e secundariamente a propriedade, conforme as palavras do autor ao dispor: "Protege o art. 155 primeiramente a posse, e depois, o direito de propriedade. Ambos são tutelados: a primeira é a objetividade imediata, o segundo é tutelado mediamente".

Não obstante, Prado (2013, p. 425) defende que a detenção também é objeto de proteção do delito de furto, isto porque mostra-se evidente o interesse do detentor na coisa furtada, especialmente em usá-la, sendo que a privação desse seu direito implica um dano de natureza patrimonial.

Ademais, colhe-se do texto expresso no *caput* do artigo 155 do Código Penal que o objeto material do crime de furto é a coisa alheia móvel.

Nesse sentido, coisa alheia é a que se encontra na posse de outrem, em regra na do proprietário, mas também na posse de quem legitimamente a possui (NORONHA, 2003, p. 220).

No que diz respeito ao vocábulo "coisa" previsto no artigo em tela, bem esclarece seu sentido Noronha (2003, p. 221) ao dispor:

Nos termos do art. 155, coisa é toda substância corpórea, material, ainda que não-tangível, suscetível de apreensão e que tem um valor qualquer. Ficam, pois, excluídas, como objeto material do furto, as coisas incorpóreas ou imateriais, de cuja existência só dá testemunho a inteligência humana.

Também com esse entendimento, Estefam (2012, p. 382) acrescenta que "os bens imóveis, independentemente do tratamento que a lei civil lhes dê, não podem ser objeto de furto".

Porém, outra questão polêmica, no que tange a configuração do delito de furto, é a necessidade ou não, do bem objeto do crime ter alguma valoração financeira. Sobre o tema, discordando de Noronha, para quem não é necessário ter o objeto conotação econômica, Prado (2013, p. 783) aduz que "no contexto dos delitos contra o patrimônio (conjunto de bens suscetíveis de apreciação econômica), cremos ser imprescindível que a coisa tenha, para seu dono ou possuidor, algum valor econômico" e, ainda, caso subtraída alguma coisa de valor meramente sentimental, a via adequada para a vítima ter sua reparação, à sua dor moral, deve ser resolvida na esfera civil.

Com o exposto, entende-se que para ser objeto de furto, o bem deve pertencer a alguém e, ainda, ser suscetível de remoção e apreensão. Nesse raciocínio, conclui-se também que diversos bens também não podem ser objeto de furto porquanto não integram o patrimônio de outrem, por exemplo. Sobre o tema, elucida Nucci (2013, p. 784) ao dispor:

Furto de coisas abandonadas (*res derelicta*) não pertencentes a ninguém (*res nullius*) ou perdidas (*res deperdita*): as duas primeiras situações não

podem ser objeto do crime de furto, uma vez que não integram o patrimônio de outrem; a terceira hipótese também não encaixa como objeto de furto, pois há tipo específico para tal caso, cuidando-se de apropriação indébita (art. 169, parágrafo único, II, CP).

Faz-se necessário, ainda, abordar que qualquer pessoa pode praticar o crime de furto (sujeito ativo), sendo o autor aquele que subtraia a *res* (NASCIMENTO, 2000, p. 201).

Importa denotar que a doutrina amplamente esmagadora posiciona-se pela impossibilidade do proprietário praticar esse delito sobre o próprio bem, principalmente pelo fato de não poder se imaginar uma coisa ser própria e alheia ao mesmo tempo e, não bastasse, o legislador para evitar qualquer dúvida incriminou a subtração de coisa comum (artigo 156 do Código Penal), como também a subtração/supressão de coisa própria em poder de terceiro perpetrado pelo proprietário (PRADO, 2013, p. 425).

Já, quanto à vítima do crime de furto, isto é, o sujeito passivo do delito, levando-se em consideração que a objetividade imediata do crime é a posse, o sujeito passivo imediato do delito é o possuidor do bem, aquele que tem a posse violada. Não obstante, o proprietário, ainda que indiretamente é sujeito passivo desse crime, haja vista também sofrer lesão patrimonial (NORONHA, 2003, p. 218).

Sobre sujeito ativo e passivo do crime de furto, vale trazer a conhecimento o exemplo dado por Nucci (2013, p. 781-782), ao dispor que "sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. No caso de ladrão que subtrai a coisa já furtada de outro ladrão, há crime de furto, embora a vítima seja legítimo dono ou possuidor do objeto".

Passado essa questão, outro requisito de suma importância para configuração do delito de furto é seu elemento subjetivo, qual seja, a vontade incontestável e consciente de praticá-lo, ou seja, o dolo. Ocorre que, especialmente no crime de furto, esse dolo é tanto o dolo genérico, regra do Código Penal, como também o específico, já referido, consistente na vontade de assenhoreamento definitivo sobre a coisa alheia. Sobre isso, leciona Noronha (2003, p. 226):

Elemento subjetivo. Não há furto sem dolo, que é genérico e específico. O primeiro é a vontade consciente de praticar o fato definido como crime pela lei penal. O segundo é o escopo, o interesse do sujeito ativo, que, no mesmo furto, reside em apropriar-se da coisa alheia, para que ele ou terceiro dela disponham, como se donos fossem. Nisso reside o *animus furandi*.

Incumbe, ainda, esclarecer que a configuração do furto independe da motivação do agente (seja lucro, vingança), bastando a vontade do agente em apoderar-se em definitivo do bem, claro que obedecidos os demais critérios já referidos. Com efeito, só haverá furto se a subtração for contra a vontade da vítima, seja expressa ou tácita (CAPEZ, 2012, p. 435).

A questão final, digna de abordagem no tocante ao delito de furto é o momento de sua consumação e a possibilidade ou não de tentativa.

A doutrina, que já foi muito controversa, hoje em sua grande maioria entende que o furto consuma-se no exato momento em que se dá a inversão da posse da *res furtiva*, ou seja, quando o delinquente passa a ter a posse sobre o bem, depois de retirá-lo do domínio de quem o possuía. Expressando esse sentido, vale trazer à tona a lição de Capez (2012, p. 436-437) ao dispor:

A consumação do furto ocorre com a inversão da posse, ou seja, no momento em que o bem passa da esfera de disponibilidade da vítima para a do autor. A subtração se opera no exato instante em que o possuidor perde o poder e o controle sobre a coisa, tendo de retomá-la porque já não está mais consigo. Basta, portanto, que o bem seja retirado do domínio de seu titular e transferido para o autor ou terceiro. Não se exige que, além da subtração, o agente tenha a posse tranquila e desvigiada da *res*.

Todavia, esse entendimento majoritário na doutrina, denominado teoria da *apprehensio* ou *amotio*, que também é seguido pelos Tribunais Superiores, não é unânime, tendo, alguns doutrinadores, defendido a necessidade para a consumação do furto da posse mansa e pacífica do agente com o bem. Nesse sentido revela Nucci (2013, p. 782) quando diz:

É imprescindível, por tratar-se de crime material (aquele que se consuma com o resultado naturalístico), que o bem seja tomado do ofendido, estando, ainda que por breve tempo, em posse mansa e tranquila do agente. Se houver perseguição e em momento algum conseguir o autor a livre disposição da coisa, trata-se de tentativa. Não se deve desprezar essa fase (posse tranquila da coisa em mãos do ladrão), sob pena de se transformar o furto em um crime formal, punindo-se unicamente a conduta, não se demandando o resultado naturalístico.

Por sua vez, a tentativa do furto se dá quando o agente após ter iniciado a execução do crime (dirigido à consumação do delito), tenha cessado sua atividade antes de retirar a posse do bem da vítima, passando ao seu domínio, por circunstâncias alheias à sua vontade (NORONHA, 2003, p. 228).

Assim, passado pelos pontos relevantes de configuração e características do crime de furto, vale resumir esse delito por sua classificação doutrinária de incidência, conforme colhe-se da lição de Nucci (2013, p. 789):

Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ("subtrair" implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13. § 2º, CP); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), na maior parte dos casos, embora seja permanente na forma prevista no § 3º (furto de energia); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurisubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

Com efeito, a doutrina ainda qualifica-o como delito patrimonial simétrico, em razão de a vantagem auferida com a prática delitiva pelo agente guarda estrita relação de valores com o prejuízo sofrido pela vítima (ESTEFAM, 2012, p. 394).

Com isso, abordou-se toda a classificação e hipóteses de configuração do delito de furto na sua forma simples, entretanto, essas características também são indispensáveis para a tipificação dos demais casos de incidência do furto previstos nos parágrafos do mesmo artigo.

### **3.3.1 Conceito e hipóteses de cabimento da majorante de furto noturno**

Logo após a previsão do tipo fundamental do crime de furto no *caput* do artigo 155 do Código Penal, o legislador inseriu no § 1º do mesmo artigo uma causa de aumento da pena (ou majorante), em um terço, se o delito do furto for cometido durante o repouso noturno.

Vale ressaltar que esse tema é bastante controverso na doutrina e na jurisprudência, em todos os seus sentidos, desde o seu conceito, bem como hipóteses de incidência. Dar-se-á grande enfoque a essa hipótese de incidência do furto conquanto é tema central deste trabalho, especialmente no tocante à possibilidade de sua aplicação, como causa de aumento, nos furtos qualificados ou se seria restrito ao furto simples.

Para a maioria dos doutrinadores, a motivação de sua previsão no Código Penal está relacionada ao fato de que, com a previsão de maior punibilidade ao agente que praticar o furto durante o repouso noturno, evita-se a prática delitiva

nessas condições, que, em tese, facilitam a execução do crime pelo delinquente. Nesse diapasão, bem esclarecem Hungria e Fragoso (1955, p. 29-30), ao disporem:

O que o Código tem em mira, com a maior punibilidade do furto noturno, é única e exclusivamente assegurar a propriedade móvel contra a maior precariedade de vigilância e defesa durante o recolhimento das pessoas para o repouso durante a noite. Critério estritamente objetivo.

Com isso, o motivo da previsão desta majorante está ligado ao fato de que se o furto é praticado durante o repouso noturno, há uma maior facilidade em sua perpetração, tendo em vista, principalmente a menor vigilância e defesa exercida pelas pessoas sobre seus bens, seja porque estão repousando, seja porque há menor movimentação da população (NUCCI, 2013, p. 789).

Se durante a noite a defesa dos particulares sobre seus bens torna-se mais difícil, o Estado busca, com a imposição de pena mais grave, intimidar o agente, mostrando-lhe que se o crime é mais fácil de ser praticado, mais elevada também será a punição (NORONHA, 2003, p. 235).

Todavia, nem todos os doutrinadores são adeptos dessa causa especial de aumento da pena, a qual tem previsão desde o direito romano, mas vem sendo abandonada pelos Códigos Penais mais atuais. Isto, especialmente porque, o argumento de que o delinquente que age a noite revela maior temibilidade não deve vigorar, conquanto mais temíveis são aqueles que agem à luz do sol para assaltar o patrimônio alheio, em manifesto destemor às autoridades policiais, diferentemente daqueles que agem à noite, buscando evitar a Polícia (NORONHA, 2003, p. 232).

Desse conceito, surgem outros dois pontos controvertidos que necessitam de esclarecimento para entender o alcance da norma, sendo eles: qual seria o sentido de repouso noturno dado pela lei e quais as hipóteses fáticas de incidência da causa de aumento.

Sobre o sentido dado a expressão "repouso noturno" dado pela lei, vale expressar a lição de Capez (2012, p. 445) ao referir que repouso noturno "não se confunde com noite. Esta é caracterizada pela ausência de luz solar (critério físico-astronômico). Repouso noturno é o período de tempo, que se modifica conforme os costumes locais, em que as pessoas dormem (critério psicossociológico)".

Optando o legislador pela previsão da expressão "repouso noturno", evitou a confusão com o período compreendido entre o pôr e o nascer do sol (noite). Todavia, sendo o repouso noturno o espaço de tempo em que a cidade dorme,

conclui-se que esta varia de acordo com os costumes da localidade em que dado o caso concreto (NORONHA, 2003, p. 233).

Sobre a essencialidade da análise dos costumes da localidade fática para se analisar se presente o repouso noturno para incidir a causa de aumento da pena em questão, bem esclarece Greco (2014b, p. 18), que é possível que a vigília sobre os bens, em determinado local, seja o mesmo durante o dia e a noite, porquanto não incidiria a referida majorante:

Na verdade, os costumes é que ditam as regras para se chegar à conclusão de que, naquele lugar, embora no período da noite, havia ou não uma situação de repouso. Há lugares em que não existe repouso, pois que a vigilância sobre os bens móveis é a mesma durante o dia ou no período da noite. Dessa forma, encontrando-se os bens igualmente vigiados, não haverá a possibilidade da aplicação da majorante, mesmo que o furto tenha sido cometido à noite.

Ademais, da análise da expressão, também se extrai a exigência de que o repouso seja noturno, ou seja, além de uma situação de repouso, o fato deverá se dar obrigatoriamente à noite. Com isso exclui-se a possibilidade de incidir a majorante no caso de um furto realizado na residência de um vigia que trabalha a noite e estava dormindo durante a manhã/tarde. Caso se entendesse por essa aplicação estar-se-ia diante de uma gritante ofensa ao princípio da legalidade, ao passo que se estaria utilizando de uma analogia *in malam partem* (GRECO, 2014b, p. 18).

Por sua vez, as hipóteses fáticas de incidência da causa de aumento giram em torno da necessidade do local do delito ser ou não habitado, gerando grande divergência doutrinária e jurisprudencial, e que Prado (2013, p. 430) divide em quatro entendimentos: "a) o lugar precisa ser habitado, com pessoa repousando; b) o lugar não precisa ser habitado; c) os moradores não devem estar acordados; e d) não se exige a presença de moradores".

Por muito tempo vigorou, jurisprudencialmente, o entendimento de que essa causa de aumento só se aplicava aos furtos praticados em residências e seus anexos, como garagens (excluindo carros estacionados na rua, estabelecimentos comerciais) e em local habitado (excluindo casas desabitadas, até mesmo casas em que moradores estejam viajando) (GONÇALVES, 1998, p. 8-9).

Todavia, hoje a maioria esmagadora da doutrina e da jurisprudência adota o entendimento de que, presente o período de repouso noturno, conforme alhures



mencionado, incide a majorante, não importando que o delito se dê em residência e nem que o local esteja habitado, possibilitando assim a aplicação da causa de aumento em furtos praticados em estabelecimentos comerciais e veículos estacionados na rua.

Nesse sentido, Estefam (2012, p. 394) bem resume a questão:

A exasperação em questão far-se-á presente quando o fato se passar durante o período de repouso noturno (que varia conforme a localidade e seus costumes), sendo irrelevante que se dê em casa habitada ou não, com ou sem a presença de seus moradores. Incidirá a causa de aumento, portanto, na subtração de automóvel estacionado na rua, durante o período de repouso noturno ou de estabelecimento empresarial desabitado.

Com isso, conclui-se que o fator principal para incidência da majorante do repouso noturno é a diminuição da vigilância exercida sobre o bem objeto do furto, não exclusivamente do seu dono, mas da sociedade num todo que também age na vigilância dos bens alheios.

### **3.3.2 Do furto privilegiado (artigo 155, § 2º, do Código Penal)**

Na sequência da transposição do artigo 155 do Código Penal, o legislador previu em seu § 2º uma causa especial de diminuição da pena e/ou também uma forma privilegiada de furto, ao determinar que, se quando da prática delitiva, o delinquente for primário e a coisa furtada ser de pequeno valor, o juiz deverá optar por uma das seguintes opções para beneficiar o agente: substituir-lhe a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

Essa sistemática não tinha previsão no Código Penal anterior, haja vista que levava em conta o valor da coisa para a graduação da pena. Essa previsão legal, que foi intitulada "furto privilegiado", prevê que o irrisório desvalor do resultado, somado à primariedade do agente, possibilita uma menor reprovação da punição do agente e, mesmo que em sua disposição tenha sido colocada a expressão "o juiz pode", o reconhecimento do privilégio é direito subjetivo do agente caso preencha os requisitos legais: primariedade do agente e pequeno valor da *res furtiva* (PRADO, 2013, p. 431).

No tocante ao requisito da primariedade do agente, a lei exige, para aplicação dessa benesse, que o agente não seja reincidente, portanto seja primário.

Desse modo, poder-se-á aplicar o privilégio mesmo quando o agente tenha condenações pretéritas, desde que estas não sirvam para surtir o efeito da reincidência (artigos 63 e 64 do Código Penal), porquanto não constitui óbice à sua aplicação o agente portar maus antecedentes (GRECO, 2014b, p. 19).

Sobre o tema, bem esclarece Nucci (2013, p. 792) ao lecionar:

A reincidência ocorre quando o réu comete novo crime, após já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior. Lembremos, no entanto, que a condenação anterior somente surte efeito para provocar a reincidência desde que não tenha ocorrido o lapso temporal de cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o cometimento da nova infração penal. [...] É preciso anotar que a lei foi bem clara ao exigir somente a primariedade para a aplicação do benefício, de modo que descabe, em nosso entendimento, clamar também pela existência de bons antecedentes.

Convém mencionar que, embora os maus antecedentes não impeçam a aplicação do privilégio, influenciam, entretanto, na decisão do julgador em selecionar, a seu critério (artigo 59 do Código Penal), uma das alternativas esculpidas no § 2º, do artigo 155 do Código Penal para aplicar ao caso concreto como forma de punição suficiente para reprovação da conduta do agente (GRECO, 2014b, p. 19-20).

Por sua vez, do requisito do pequeno valor da coisa furtada, embora haja posicionamento diverso, a maioria da doutrina e da jurisprudência dispõe que a ponderação do pequeno valor deve ser feita exclusivamente sobre o valor da *res*, não interessando a extensão do prejuízo sofrido pela vítima. Nesse contexto conclui Estefam (2012, p. 395) que "a lei não fala em "pequeno prejuízo", mas "pequeno valor", motivo pelo qual pouco importa a condição financeira do ofendido".

Outro ponto controverso do tema é a delimitação da monta que se caracterizaria o pequeno valor, o qual, segundo a corrente majoritária, encontra seu limite no valor do salário mínimo nacional vigente à época dos fatos, tendo em vista que o valor da coisa furtada deve ser auferido no momento da consumação do delito.

Adotando essa posição, leciona Nucci (2013, p. 793) quando diz:

Por isso, concordamos plenamente com a corrente majoritária, que sustenta ser de pequeno valor a coisa que não ultrapassa quantia equivalente ao salário mínimo. De fato, seria por demais ousado defender a tese de que um objeto cujo valor seja superior ao do salário mínimo - auferido por grande parte da população - possa ser considerado de "pequeno valor". [...] Por derradeiro, deve-se salientar que o "pequeno valor" precisa ser

constatado à época da consumação do furto, e não quando o juiz for aplicar a pena.

Vale, ainda, mencionar a posição adotada por Greco (2014b, p. 20) de que "pequeno valor é aquele que gira em torno do salário mínimo, ou seja, um pouco mais ou um pouco menos do que o valor a ele atribuído à época em que ocorreram os fatos", porquanto estaria em contradição com a razoabilidade deixar de aplicar alguma das benesses do furto privilegiado quando a *res furtiva* ultrapassasse apenas um pouco do valor do salário mínimo.

A fim de bem elucidar o tema, faz-se necessário mencionar que o furto privilegiado não se confunde com a atipicidade material em decorrência da aplicação do princípio da insignificância. Enquanto este, em razão do ínfimo dano causado ao objeto jurídico tutelado, o fato apurado não enseja a tutela do Direito Penal para sua repressão, considera-se atípica a conduta, não configurando crime. Já naquele, o fato é típico, ilícito e culpável, portanto, constitui crime, todavia, em razão da primariedade do agente e do pequeno valor da coisa subtraída, o agente merece uma menor reprimenda a sua ação.

No tocante ao princípio da insignificância no crime de furto, o Supremo Tribunal Federal assentou que para sua aplicação para descaracterizar o delito em comento, exige-se, da análise do caso concreto, a incidência das seguintes circunstâncias: "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (BRASIL, 2009, Supremo Tribunal Federal, HC 98152, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009) (BRASIL, 2017c).

Acerca da diferença supracitada, vale transcrever a lição dada por Capez (2012, p. 447-448) ao discorrer:

Furto privilegiado e princípio da insignificância: o direito penal não cuida de bagatelas, nem admite tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. Se a finalidade do tipo penal é tutelar bem jurídico, se a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não é possível proceder-se ao enquadramento, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos. Tal não se confunde com o furto privilegiado, em que a coisa furtada é de pequeno valor, mas não é de valor insignificante, ínfimo. Somente a coisa de valor ínfimo autoriza a incidência do princípio da insignificância, o qual acarreta a atipicidade da conduta. No furto privilegiado, em que pese a coisa ser de pequeno valor, há um

resultado penalmente relevante que tão somente merece um tratamento penal mais benigno, não deixando de configurar crime.

De todo o exposto, conclui-se que, presentes no caso concreto a primariedade do agente e o pequeno valor da coisa furtada, o criminoso passa a ter direito a aplicação de uma das benesses previstas no § 2º do artigo 155 do Código Penal, não podendo o magistrado, a seu bel-prazer, deixar de considerá-las, todavia, tem este a discricionariedade de, em análise do caso concreto, escolher a alternativa prevista que melhor sirva à devida reprimenda do agente.

### **3.3.3 Da equiparação da energia elétrica ou de qualquer outra que possua valor econômico à coisa móvel (artigo 155, § 3º, do Código Penal)**

Em virtude de não constituir tema central desse trabalho, vale apenas mencionar que o artigo 155 do Código Penal, prevê em seu § 3º, em observância ao princípio da legalidade e para evitar qualquer dúvida, que a energia elétrica ou qualquer outro tipo de energia que seja possível auferir valor econômico equipara-se à coisa móvel, podendo, portanto, ser objeto de furto.

Evitando maiores delongas, mostra-se eficaz reproduzir os dizeres de Nucci (2013, p. 795) que bem esclarece o tema ao instruir:

Equiparação à coisa móvel: para não haver qualquer dúvida, deixou o legislador expressa a intenção de equiparar a energia elétrica ou qualquer outra que possua valor econômico à coisa móvel, de modo que constitui furto a conduta de desvio de energia de sua fonte natural. Energia é a qualidade de um sistema que realiza trabalhos de variadas ordens, como elétrica, química, radiativa, genética, mecânica, entre outras. Assim, quem faz uma ligação clandestina, evitando o medidor de energia elétrica, por exemplo, está praticando furto. Nessa hipótese, realiza-se o crime na forma permanente, vale dizer, a consumação se prolonga no tempo. Enquanto o desvio estiver sendo feito, está-se consumando a subtração da energia elétrica.

A previsão desse parágrafo justifica-se principalmente para evitar uma discussão acerca da tipicidade do furto de energia, haja vista que, na maioria das vezes, o objeto desse delito não é palpável, o que poderia gerar o entendimento de que não configuraria bem tutelado pelo delito em comento, por não ser "objeto móvel". Mas conforme a previsão legal, qualquer tipo de energia, com valor econômico, é sim objeto material de furto.

### 3.3.4 Conceito e hipóteses de cabimento do furto qualificado

O furto qualificado configura um tema central de análise desse trabalho, tendo em vista que presa a analisar a possibilidade de aplicação da majorante do furto praticado durante o repouso noturno nas hipóteses de furto qualificado, em que a pena culminada já é abstratamente maior em virtude das circunstâncias em que praticado.

Para se justificar a previsão legal das qualificadoras de delitos, é necessário esclarecer que o injusto penal é graduável, levando-se em conta a maior ou menor gravidade e danosidade do crime, sob o enfoque do desvalor da ação e do resultado (PRADO, 2013, p. 431).

Assim, estar-se-á diante de uma qualificadora quando o legislador tiver previsto no tipo penal circunstâncias que acrescidas às do tipo básico, tornam-no mais grave. Sendo que nas qualificadoras essa maior gravidade expressa-se pela alteração do mínimo e do máximo, em abstrato, das penas previstas para o delito (NUCCI, 2013, p. 796).

No tipo penal do furto encontramos a presença de diversas qualificadoras, previstas, atualmente, nos parágrafos 4º, 5º e 6º do artigo 155 do Código Penal, que traduzem maior gravidade da prática delitativa e, por isso, merecem uma punição mais acentuada. Nesse contexto, vale dizer que, se o legislador busca dar maior punibilidade a determinados modos que se pratica o furto, aumentando sua pena, é necessário fazer isso por lei escrita e aprovada nos termos da lei, em obediência ao princípio da reserva legal.

Ainda sobre o tema, estão os ensinamentos de Bittencourt (2014, p. 52) ao dispor:

*O modus operandi*, no crime de furto, pode apresentar particularidades que representem maior gravidade na violação do patrimônio alheio, produzindo maior alarma social, ornando a conduta mais censurável e, por isso mesmo, merecedora e maior punibilidade, quer pelo maior desvalor da ação, quer pelo maior desvalor do resultado (destruição ou rompimento de obstáculo). [...] Observando o princípio da reserva legal, optou-se por estabelecer taxativamente aquelas circunstâncias que, por sua gravidade, tornam o crime qualificado, que, a rigor, constituem novos tipos penais, derivados, mas autônomos, com novos parâmetros sancionatórios, bem mais graves, distintos da figura fundamental - furto simples.

Ante o abordado, vê-se que as qualificadoras prescrevem novos elementos necessários para sua configuração e nova cominação legal, além dos já

previstos para tipicidade do tipo básico. Com isso, constituem-se em novos tipos penais, ainda que derivados.

Dada a importância de análise do tema, discorrer-se-á sobre as qualificadoras do furto individualmente.

#### 3.3.4.1 Hipóteses de furto qualificado previstas no § 4º do artigo 155 do Código Penal

O § 4º do artigo 155 do Código Penal traz algumas circunstâncias que, caso configuradas na perpetração do delito de furto, fazem com que a pena abstrata para sua reprimenda passe a ser de dois a oito anos de reclusão, e multa, sendo elas assim dispostas: "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".

Sobre essas circunstâncias Estafam (2012, p. 399) revela que "todas elas são reveladoras de maior audácia do agente no cometimento do ilícito, emprego de recurso que facilite a consecução do delito ou traduzem inclinada propensão ao crime".

Sobre a razão da previsão especificamente dessas qualificadoras relata Prado (2013, p. 432),

No caso do furto praticado nas circunstâncias do artigo 155, § 4º, é inegável a maior gravidade do injusto, pois não só o desvalor da ação, mas também os efeitos deletérios da infração, são acentuadamente maiores do que na hipótese do furto comum, conforme se verá a seguir. Com a exceção da qualificadora do abuso de confiança, que atua na medida da culpabilidade, todas as demais operam sobre a magnitude do injusto e, de conseguinte, comunicam-se aos coautores (art. 30, CP).

Portanto, mais grave a ação ou o resultado do delito, mais grave deve ele ser punido. Ademais, diante da grande quantidade de qualificadoras previstas num mesmo parágrafo, mostra-se proveitoso abordá-las individualmente.

##### 3.3.4.1.1 *Furto com destruição ou rompimento de obstáculo (artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal)*

A primeira hipótese prevista para qualificação do crime de furto é se este é cometido com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa. Esse

dispositivo trata de qualificar o furto quando cometido mediante violência sobre a coisa/objeto, não havendo que se falar em subtração de bens com emprego de violência contra a pessoa, porquanto esta configura o crime de roubo (BITTENCOURT, 2014, p. 53).

Do texto legal, extrai-se três palavras cujo conceito se faz necessário evidenciar para a correta interpretação da qualificadora, quais sejam: destruição, rompimento e obstáculo. Todas elas encontram-se bem abordadas na lição de Noronha (2003, p. 240, sublinhou-se) quando afirma:

Destruição é o ato ou efeito de destruir, e destruir é demolir, desfazer, desmanchar etc. Rompimento designa a ação ou consequência de romper, que importa partir, despedaçar, separar, rasgar, abrir, etc. Qualquer dessas ações deve recair sobre obstáculo, isto é, sobre o que constitui estorvo à subtração da coisa, desnecessário sendo incidir sobre o próprio objeto do furto - arrombamento de cofre, para subtrair dinheiro. Para haver a agravante é indispensável a existência de obstáculo, isto é, que exista resistência, pequena que seja, a ser vencida. Tal não se dá, por exemplo, se a coisa é furtada de mala que se abriu, apertando seus botões.

Com efeito, denota-se que a simples remoção de obstáculo não faz incidir a qualificadora, sendo necessária a efetiva violência (destruição ou rompimento) para suprir o obstáculo, podendo ele ser ativo (alarmes, armadilhas) ou passivo (como trincos, portas, fechaduras, cofres, janelas) (ESTEFAM, 2012, p. 400).

Ademais, sobre o meio violento empregado, revela Prado (2013, p. 432) que "inexiste disposição legal a respeito dos meios utilizados para destruir ou romper o obstáculo; em consequência, qualquer que seja o meio empregado (v.g., manual, mecânico etc.), incide a qualificadora".

Outro ponto relevante do tema é saber até que momento da prática delitativa o emprego da violência faz incidir a qualificadora. Nesse assunto, embora já houve grande divergência doutrinária/jurisprudencial, o entendimento amplamente majoritário é que qualifica o furto a destruição ou o rompimento efetuado para consumir a subtração, ainda que após a apreensão física da coisa.

Nessa acepção, vale transpor os ensinamentos de Hungria e Frago (1955, p. 37-38):

Cumpra que a destruição ou o rompimento do obstáculo ocorra em qualquer dos momentos da fase executiva do crime. O que vale dizer: para possibilitar ou facilitar tanto a *apprehensio*, quanto a efetiva transferência da *res furtiva* ao poder de livre e tranquila disposição dela por parte do agente. Enquanto o furto não está consumado, ou ainda se ache em fase de execução, a violência contra o obstáculo é qualificativa.

Partindo desse mesmo entendimento, Bittencourt (2014, p. 54) apenas acrescenta que "se o rompimento ou a destruição for praticado após a consumação do furto, constituirá crime autônomo".

Nesse sentido bem exemplifica Capez (2012, p. 450) ao dispor que "se após a consumação do crime o agente quebrar a vidraça de uma loja, sem que isso constitua meio necessário à subtração da *res furtiva*, haverá concurso material entre os crimes de furto simples e dano".

Outrossim, a questão de maior divergência no que tange à aplicação dessa qualificadora é a necessidade de que o obstáculo seja externo à coisa ou se pode fazer parte da própria *res furtiva*.

Sobre o tema, vale esclarecer que ainda prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o obstáculo tem que ser algo destinado exclusivamente para proteger algum bem, não algo que exista para o regular uso da coisa. Assim, a destruição do vidro do veículo para a sua subtração configuraria furto simples, entretanto sua destruição para subtração de um objeto no interior do automóvel caracterizaria furto (ESTEFAM, 2012, p. 400-401).

Todavia este entendimento vem gradualmente sendo modificado para abranger também a qualificadora quando a violência se der sobre obstáculo inerente à própria coisa furtada, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sob a justificativa de que o texto legal não faz nenhuma distinção (ESTEFAM, 2012, p. 400).

Esse novo sentido é adotado por Nucci (2013, p. 796-797), que bem o elucida ao dispor:

Destruição ou rompimento da própria coisa furtada: há duas correntes, fundamentalmente, analisando o assunto: a) não se aplica quando o agente atua contra a própria coisa. Assim, quem rompe o vidro do veículo para ter acesso ao seu interior, levando-o depois com uma "ligação direta", praticaria furto simples; [...] b) aplica-se a qualificadora quando a conduta do agente se volta contra o obstáculo inerente à própria coisa. No exemplo supracitado, estaria presente a qualificadora. [...] No caso do ladrão que destrói o vidro de uma das janelas do carro, estaria ele, em verdade, estragando a própria coisa que pretende levar. Essa primeira impressão cessa quando percebemos que há coisas cujo obstáculo a sua subtração é inerente ao próprio objeto desejado. É o exemplo do veículo. [...] Nem todos os obstáculos são externos à coisa. Cremos, pois, mais acertada a segunda posição. E mais: não vemos necessidade alguma de a subtração consumar-se para incidir a qualificadora. O sujeito que destrói o vidro do carro, sendo surpreendido quando fazia a "ligação direta", deve responder por tentativa de furto qualificado.



Diante de todo o exposto, restam bem esclarecidas as hipóteses de incidência dessa qualificadora.

*3.3.4.1.2 Furto com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; (artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal)*

Na sequência do referido parágrafo, o legislador tratou, em seu inciso II, de atribuir maior punibilidade aos delinquentes que praticarem o furto com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza.

Sobre essas circunstâncias e a razão de sua maior punibilidade, Prado (2013, p. 435-436) aduz que:

A conduta perpetrada nas hipóteses de fraude, escalada e destreza revela maior temibilidade do agente e, in casu, o patrimônio alheio sofre um risco acentuado, em face da perspicácia daquele (a qualificadora opera sobre a magnitude do injusto). Na hipótese do abuso de confiança, o patrimônio da vítima fica à mercê do agente, o que facilita a perpetração do ato delituoso, justificando, destarte, maior reprovação da conduta (a qualificadora atua aqui na medida da culpabilidade).

Diante disso, passa-se a abordar essas hipóteses qualificativas do crime de furto individualmente.

I) Furto com abuso de confiança

A primeira das circunstâncias, previstas no inciso II do § 4º do artigo 155 do Código Penal, que aumentam a pena cominada ao delito de furto caso presentes no caso real é o abuso de confiança.

Para a correta elucidação do tema, é necessário, conceituar confiança, que nos dizeres de Bittencourt (2014, p. 57) "é um sentimento interior de credibilidade, representando um vínculo subjetivo de respeito e consideração entre o agente e a vítima, pressupondo especial relação pessoal entre ambos".

Assim, a incidência dessa qualificadora se dá quando o agente pratica o furto utilizando-se da menor vigilância que a vítima exercia sobre o bem em razão da confiança nele depositada, subtraindo a coisa sem que o proprietário perceba ou suspeite de suas intenções. Essa confiança pode se manifestar por qualquer motivo especial (amizade, parentesco, relações de trabalho) e independe se ela já existia de longa data ou adquirida propositalmente para este fim (ESTEFAM, 2012, p. 401).

Para incidir a qualificadora em questão, a subtração do bem tem que se dar numa situação anormal, gerada pelo desvigiamento do proprietário sobre a *res*, em razão da relação de confiança entre autor e vítima. Conforme Gonçalves (1998, p. 13) "se não obstante a relação de confiança, o agente pratica o furto de uma maneira que qualquer outra pessoa poderia tê-lo cometido, não haverá a qualificadora".

Justifica-se essa qualificadora pelo desvalor da ação, porquanto o agente além de furtar, mostra maior periculosidade por também violar a confiança nele depositada, revelando comportamento desprezível para a prática do crime (NORONHA, 2003, p. 240-241).

Bem exemplifica a incidência dessa qualificadora Prado (2013, p. 433), ao relatar que "caso típico de tal modalidade delitiva é o furto praticado pelo empregado doméstico, que, abusando da confiança estabelecida pelo seu empregador e do livre acesso que tem às dependências da residência deste, subtrai, para si, bens ali existentes".

Para bem explanar a diferença do furto qualificado cometido com abuso de confiança do crime de apropriação indébita, considera-se o que leciona Gonçalves (1998, p. 13):

Essa modalidade de furto qualificado tem um aspecto em comum com o crime de apropriação indébita, já que em ambos ocorre uma quebra de confiança que a vítima deposita no agente. A diferença entre essas infrações penais, todavia, é clara, posto que, no furto, o agente retira objetos da vítima aproveitando-se da menor vigilância dispensada em razão da confiança, enquanto na apropriação indébita a própria vítima, por confiar no agente, entrega-lhe o bem, e ele não o devolve.

Com isso, denotam-se analisados os pontos mais relevantes dessa hipótese de qualificadora do delito de furto.

## II) Furto mediante fraude

Já a segunda das circunstâncias, previstas no inciso II do § 4º do artigo 155 do Código Penal, que qualificam o delito de furto caso presentes no caso real é a fraude.

Em linhas gerais, Capez (2012, p. 451) releva que o que configura a fraude na perpetração do delito de furto "é o ardil, artifício, meio enganoso

empregado pelo agente para diminuir, iludir a vigilância da vítima e realizar a subtração".

Essa qualificadora se dá, portanto, quando o agente gera uma situação e com ela consegue fazer com que a vítima incida em erro, diminuindo sua vigilância e guarda sobre o bem, gerando uma momentânea confiança sobre o agente, facilitando a subtração. No mesmo sentido, e bem exemplificando sua incidência leciona Nucci (2013, p. 799) quando discorre:

Fraude: É uma manobra enganosa destinada a iludir alguém, configurando, também, uma forma de ludibriar a confiança que se estabelece naturalmente nas relações humanas. Assim, o agente que criar uma situação especial, voltada a gerar na vítima um engano, tendo por objetivo praticar uma subtração de coisa alheia móvel, incide na figura qualificada. Ex.: o funcionário de uma companhia aérea que, no aeroporto, a pretexto de prestar auxílio a um turista desorientado, prometendo tomar conta da bagagem da vítima, enquanto esta é enviada a outro balcão de informações, subtrai bens contidos nas malas incide na figura qualificada. [...] a fraude requer, apenas um plano ardiloso que supere a vigilância da vítima, fazendo com que deixe seus bens desprotegidos, facilitando a ação criminosa. A fraude é uma "relação de confiança instantânea", formada a partir de um artil.

Com efeito, cumpre esclarecer que incide a qualificadora tanto quando a fraude é empregada para a apreensão como para o assenhoreamento da coisa. Ainda, importa mencionar que não há forma específica para executar a fraude, podendo se valer de qualquer meio capaz de provocar a desatenção ou distração da vigilância sobre o bem pelo possuidor, proprietário, ou simples vigilante, simplificando a subtração da *res furtiva* (BITTENCOURT, 2014, p. 59).

Portanto, releva essa qualificadora uma forma de enganar a vítima, fazendo com que ela diminua a vigilância sobre o bem, facilitando a empreitada delitiva.

### III) Furto mediante escalada

Dando sequência na análise das circunstâncias previstas no inciso II do § 4º do artigo 155 do Código Penal que qualificam o delito de furto, denota-se que a terceira hipótese tipificada no referido diploma legal é a escalada.

Faz-se necessário mencionar que, embora previsto no dispositivo legal a expressão "escalada", essa qualificadora não exige que a entrada seja por cima, no local em que dar-se-á o furto, mas sim por qualquer meio anormal e mediante um empenho anômalo do agente. Sobre o assunto, discorre Estefam (2012, p. 402),

Entende-se por escalada a utilização de via anormal para adentrar no local onde o furto será realizado. Embora a expressão indique o ato de escalar ou entrar por cima, qualquer via anormal de ingresso enseja a figura da "escalada" (ex.: escavação de túnel). Exige-se, ademais, emprego de algum instrumento, como corda ou escada, ou de esforço incomum para adentrar no local. [...] A circunstância justifica-se em face da maior tendência a delinquir relevada pelo sujeito, que, mesmo diante de um obstáculo, não se intimida.

Com efeito, complementando o sentido do texto legal para aplicar a qualificadora em tela, bem ressalta Bittencourt (2014, p. 60) afirmando que "consiste não apenas em ingresso no local por via incomum, mas, sobretudo, superando obstáculo difícil, que demande o uso de instrumento especial ou de invulgar habilidade do agente".

Ponto de controvérsia doutrinária sobre o tema é a incidência ou não da qualificadora quando, por descuido da vítima, o agente tem facilitada sua ação para transpor o obstáculo pela via anormal.

Para posicionarem-se sobre o tema Noronha (2003, p. 242) e Prado (2013, p. 435) criam a hipotética situação de que o ladrão encontra no terreno de uma casa uma escada e dela se utiliza para entrar no recinto. Para este, não se aplica a qualificadora, porquanto desaparece a dificuldade no trespasse do obstáculo; já para aquele, aplica-se a qualificadora ainda que a vítima tenha sido negligente, tendo em vista que mesmo assim o agente utilizou de um maior dispêndio de energia, escolhendo uma via anormal à prática do crime.

Além disso, convém ressaltar que não são puníveis os atos preparatórios da escalada, como, por exemplo, o simples fato de encostar uma escada num muro, sem saltá-lo (NUCCI, 2013, p. 800).

Portanto, o agente que utiliza de meios incomuns para a entrada no local do crime, utilizando-se de sua maior habilidade ou de instrumentos para acessar o recinto, mostra maior temibilidade, razão pela qual merece ter sua pena aumentada.

#### IV) Furto mediante destreza

Enfim, chega-se a última qualificadora prevista no inciso II, § 4º, do artigo 155 do Código Penal que é o furto cometido mediante destreza.

Nesse contexto, convém transcrever a lição de Capez (2012, p. 452) que bem conceitua e exemplifica o furto cometido mediante destreza como:

Consiste na habilidade física ou manual do agente que lhe permite o apoderamento do bem sem que a vítima perceba. É a chamada punção. Tal ocorre com a subtração de objetos que se encontrem junto à vítima, por exemplo, carteira, dinheiro no bolso ou na bolsa, colar etc., que são retirados sem que ela note.

Com isso, observa-se que é necessário que o agente tenha uma habilidade especial em praticar o furto de forma tão sutil que seja capaz de retirar o objeto que a vítima trazia consigo sem que ela perceba.

Nesse entendimento, quando o ladrão, por sua inabilidade em praticar o crime com destreza, é surpreendido pela vítima durante sua ação, não há que se falar na incidência dessa qualificadora. Todavia, quando a descoberta é casual, sem nenhum vínculo com a má execução do delito, como por exemplo, quando o punçãoista é pego após a prática do delito somente por suspeita ou quando terceiros, pessoas diversas da vítima, percebem e noticiam a prática do crime, persiste a qualificadora (PRADO, 2013, p. 435).

Vale, por fim, mencionar que a doutrina majoritária adota posição de que o sono profundo e a embriaguez em estágio avançado podem afastar a incidência dessa qualificadora, porquanto nessas circunstâncias a vítima não perceberia a subtração mesmo que o agente não se utilize de habilidades especiais. Entretanto, se mesmo nessas condições a vítima tivesse como perceber a subtração, mas não a constata em virtude da habilidade do agente, incide a qualificadora (GRECO, 2014b, p. 30).

Desta feita, elucidou-se, individualmente, todas as circunstâncias qualificadoras do crime de furto, previstas no artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

#### *3.3.4.1.3 Furto cometido com emprego de chave falsa*

Dando sequência a análise das qualificadoras do crime de furto previstas no § 4º do artigo 155 do Código Penal, passa-se a abordar a qualificadora de seu inciso III, qual seja, o furto cometido com emprego de chave falsa.

O ponto mais importante de abordagem dessa hipótese qualificadora é a determinação dos limites interpretativos da expressão "chave falsa" adotada pelo texto legal. A grande maioria da doutrina segue o conceito e as hipóteses de incidência reveladas pela lição de Bittencourt (2014, p. 62) que caracteriza essa

qualificadora o emprego de qualquer instrumento hábil a abrir fechadura, desde que não seja a própria chave verdadeira:

Chave falsa é qualquer instrumento de que se sirva o agente para abrir fechaduras, tendo ou não formato de chave. Exemplos: grampo, alfinete, prego, fenda, gazua etc. A chave verdadeira, à evidência, não qualifica o crime, pois lhe falta a elementar normativa "falsa". O emprego de chave falsa traduz maior periculosidade do agente, que, dessa forma, demonstra a instabilidade da normal proteção patrimonial, que uma fechadura, por si só, não pode elidir o risco de sua violação.

Em que pese esse entendimento majoritário, Noronha (2003, p. 243), em sentido contrário, revela que se o que a lei veda é a abertura ilícita das fechaduras que importam em obstáculo à subtração, assim também são falsas as chaves verdadeiras furtadas ou as perdidas, tendo em vista que obtidas criminosamente, ou por terem sido furtadas ou não devolvidas ao dono.

Todavia, não se vê possibilidade de inserir nessa qualificadora a chave verdadeira, porquanto o texto legal aborda a expressão "chave falsa", antônimo de verdadeira. Desta forma, incluindo a chave verdadeira nessa hipótese majorativa, claramente estar-se-ia contrariando o princípio da legalidade, conforme bem expressa Greco (2014b, p. 31) ao dispor:

Interpretar a expressão chave falsa a fim de nela compreender também a chave verdadeira configura-se em gritante ofensa ao princípio da legalidade, negando-se, inclusive, a própria natureza das coisas. A lei penal exige, claramente, a utilização de qualquer outra chave (vale dizer, qualquer outro instrumento, tenha ou não o formato de chave), que não seja a verdadeira, para qualificar o crime de furto.

Ante o abordado, vislumbra-se que qualquer objeto, independente de forma, utilizado para abrir alguma fechadura na execução de um crime de furto, faz incidir a qualificadora do emprego de chave falsa.

#### *3.3.4.1.4 Furto cometido mediante concurso de duas ou mais pessoas*

Por fim, a análise da última das qualificadoras previstas ao crime de furto no § 4º do artigo 155 do Código Penal, elencada em seu inciso IV, que é o furto cometido mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Esta qualificadora apresenta diversas opiniões quanto a sua configuração em diversos aspectos. Sua incidência pressupõe que o furto, em análise, seja praticado por pelo menos duas pessoas e, de acordo com Noronha (2003, p. 243), a

lei busca, com sua previsão, "impedir a coligação de esforços, a reunião de forças para a prática do crime, o que, com denotar periculosidade dos agentes, enfraquece a defesa privada e facilita a impunidade".

Para que configure essa qualificadora é necessário um acordo de vontades entre os criminosos praticantes do delito, para a perpetração conjunta do delito, podendo o ajuste ser prévio ou concomitante à ação delitativa (PRADO, 2013, p. 436).

Ademais, vale discorrer que a lei considera essa qualificadora sob o prisma objetivo, visando impedir a pluralidade de agentes no mesmo furto. Com isso, acrescenta Estefam (2012, p. 403) que "a qualificadora subsiste ainda que o(s) outro(s) envolvido(s) seja(m) menor(es) inimputável(eis) ou seja(m) identificado(s)".

O ponto controvertido dessa qualificadora reside se sua aplicabilidade está adstrita ao crime cometido em coautoria ou se também se aplica no caso da presença de partícipes (concorrência), ou seja, se é necessário que mais de um envolvido pratique atos executórios para configuração desse aumento da pena.

Adotando o posicionamento de que restringe-se sua aplicação à coautoria, Greco (2014b, p. 32-33) argumenta:

Entendemos que a razão se encontra com a corrente que exige a presença das pessoas no local onde o crime é praticado, dada a ilação que se deve ter da expressão contida no § 4º do art. 155 do Código Penal, que menciona cometimento do crime, e não a simples concorrência para o crime. [...] Cometer é mais do que simplesmente concorrer. Cometer é praticar atos executórios, é estar junto no momento da realização da subtração, facilitando-a sobremaneira. Caso os agentes não tenham praticado, juntos, os atos de execução, na hipótese em que um deles se encarregou de elaborar o plano criminoso, enquanto o outro o executou, entendemos que, em razão da exigência contida no mencionado § 4º, ambos deverão ser responsabilizados pelo delito de furto simples.

Por sua vez, adotando o entendimento de que se aplica a qualificadora em tela tanto quando praticado o furto em coautoria como em participação, expõe Nucci (2013, p. 801):

Concurso de duas ou mais pessoas: quando mais de um agente se reúne para a prática do crime de furto é natural que se torne mais acessível a concretização do delito. Por isso, configura-se a qualificadora. O apoio prestado, seja como coautor, seja como partícipe, segundo entendemos, pode servir para configurar a figura do inciso IV. O agente que furta uma casa, enquanto o comparsa, na rua, vigia o local, está praticando um furto qualificado. Inexiste, na lei, qualquer obrigatoriedade para que o concurso se dê exclusivamente na forma de coautoria (quem pratica o núcleo do tipo,

executando o crime), podendo configurar-se na forma de participação (auxílio a quem pratica a ação de subtrair).

Embora proveitosa, não se adentrará nessa discussão que encontra enorme divergência também na jurisprudência, com julgados adotando ambos posicionamentos.

Ante o exposto, consideram-se repassadas individualmente todas as qualificadoras do crime de furto previstas no § 4º do artigo 155 do Código Penal, as quais estão previstas no ordenamento jurídico desde seu advento em 1940.

#### 3.3.4.2 Hipótese de furto qualificado prevista no § 5º do artigo 155 do Código Penal

Trata-se de uma qualificadora não prevista na redação original do Código Penal de 1940, mas que foi acrescentada ao seu texto legal através da Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, que criou o § 5º do artigo 155 do Código Penal.

Seu advento criou uma nova hipótese de furto qualificado, tendo em vista a previsão da pena abstrata à sua punição, nas faixas mínimas e máximas, de reclusão de 3 a 8 anos, nas hipóteses de furto de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado da Federação ou para o exterior (NUCCI, 2013, p. 801).

Sua criação está diretamente ligada à repressão à atuação de quadrilhas especializadas na subtração e receptação de veículos automotores destinados a outros Estados da Federação ou ao exterior, aumentando legalmente a represália a esta prática delitiva em virtude do maior êxito na subtração, porquanto geralmente dá-se em ação conjunta, mas também em razão da exponencial dificuldade na recuperação da *res furtiva* (PRADO, 2013, p. 437).

A fim de bem elucidar o tema, cabe transcrever a lição de Noronha (2003, p. 244) acerca dos vocábulos previstos nessa qualificadora ao dispor:

[...] A nova qualificadora apresenta a conjugação de dois elementos: por primeiro, a natureza especial do bem móvel objeto da subtração, veículo automotor, entendendo-se como tal qualquer meio de transportar pessoa ou coisas, aparelhado com motor que lhe dê a possibilidade de autopropulsão; ao depois, o fato de ser transportado para outro Estado da Federação ou para o exterior, sendo que transportar deve ser entendido como mudar alguma coisa de um lugar para outro, isto é, a prática de uma ação material que acompanha o movimento [...].



Dado o abordado, denota-se que a aplicação dessa qualificadora dar-se-á quando houver a prática de subtração de veículo automotor a fim de levá-lo a outro Estado brasileiro ou a outro país.

Assim, conclui-se a etapa de elucidar os temas mais importantes concernentes à incidência das circunstâncias previstas para capitulação do delito de furto.

### 3.4 HIPÓTESES RELEVANTES DE APLICAÇÃO DA PENA

Conquanto já explanadas as circunstâncias tipificadas no artigo 155 do Código Penal, bem como as hipóteses em que o crime de furto em suas mais variadas formas são materializados através das ações humanas, mostra-se necessário trazer à baila as divergências em nível doutrinário acerca da adoção de duas circunstâncias derivadas (majorantes, minorante, qualificadoras) quando praticadas no mesmo contexto fático.

#### 3.4.1 Incidência de mais de uma qualificadora do furto

Inicia-se a abordagem desse tema pela análise da aplicação da pena quando, no mesmo caso concreto, estiverem configuradas mais de uma qualificadora do crime de furto.

Esse assunto resta bastante pacificado na doutrina e na jurisprudência, na medida em que uma das circunstâncias serve para aumentar os limites da pena, sejam os limites dos §§ 4º, 5º ou 6º e as demais são analisadas pelo magistrado nas circunstâncias judiciais na fixação da pena-base do apenado. Nesse sentido aborda Gonçalves (1998, p. 11) ao lecionar, especialmente sobre o § 4º do artigo 155 do Código Penal:

[...] Se forem reconhecidas duas ou mais qualificadoras, uma servirá para qualificar o furto e as demais serão aplicadas como circunstância judicial, já que o art. 59 do Código Penal estabelece que, na fixação da pena-base, o juiz levará em conta as circunstâncias do crime, e todas as qualificadoras do § 4º referem-se aos meios de execução (circunstâncias) do delito.

Para que haja mais de uma circunstância qualificadora do crime de furto no mesmo caso prático, sempre haverá uma das hipóteses do § 4º, porquanto impossível, pelo objeto do crime, coexistirem na mesma ação os furtos previstos nos

§§ 5º e 6º, razão pela qual os limites da pena serão aumentados nas previsões para estes e as circunstâncias do § 4º, objetivas, serão analisadas na fixação da pena-base.

### **3.4.2 Possibilidade de incidência simultânea dos institutos do furto privilegiado e qualificado**

A questão de aplicar uma das benesses do privilégio (artigo 155, § 2º, do Código Penal) a uma das mais variadas hipóteses de furto qualificado é de grande valia ao presente trabalho, pois foi a partir da mudança de entendimento nos Tribunais Superiores, consolidando a possibilidade de coexistirem esses dois institutos, que surgiram os argumentos para aplicação do majorante do furto praticado durante o repouso noturno no furto qualificado, tema central desse trabalho.

Dessa forma, no âmbito doutrinário, encontram-se posicionamentos favoráveis e desfavoráveis à coexistência do furto qualificado e do furto mínimo no mesmo caso.

Contrário à aplicação das benesses do § 2º, do artigo 155 do Código Penal, às hipóteses de furto qualificado, Noronha (2003, p. 245), defende seu posicionamento através de diversas justificativas, especialmente em razão confecção técnica do tipo penal pelo legislador, trazendo no texto legal, de forma consciente, o furto privilegiado anteriormente às hipóteses de furto qualificado, para que sua pena-base seja a do furto simples, e, ainda porque não podem conglobarem-se as circunstâncias do furto qualificado, indicadoras de maior periculosidade do agente, com os benefícios do privilegiado. Conforme as palavras do autor:

O furto qualificado e o furto mínimo. Expostas essas duas espécies de furto, surge agora a questão: ao furto qualificado aplica-se a diminuição do § 2º do art. 155?

A nosso ver não. 1º A disposição técnica do Código mostra-nos isso. No § 2º ele se refere a pena que não pode ser outra que a do furto simples, mencionada antes. Não pode ser a cominada dois parágrafos depois. Elementar conhecimento técnico faria então o legislador colocar esse parágrafo em último lugar. Não houve descuido do legislador. [...] 6º) Não só a legislação comparada, mas também o elemento histórico nos favorece. Com efeito, o Projeto Alcântara Machado definira antes o furto qualificado e a seguir considerou o privilegiado, dizendo expressamente ser inadmissível a redução penal naquele. Nosso Código, com o modelo à vista, seguiu a mesma orientação, apenas invertendo a colocação das disposições,

primeiro, o privilegiado, depois uma norma declaratória e, por fim o furto qualificado. 7º) A razão que leva nossa lei, como outras (CP italiano, art. 626; CP russo, art. 162 etc.) a não admitir a fusão das duas figuras é que consideram, no qualificado, circunstâncias subjetivas ou objetivas que aumentam o vulto do crime, atestam a periculosidade do agente, dilatam o dano etc., não se conciliando com o benefício o privilegiado.

Nessa mesma opinião, Prado (2013, p. 431) assevera que a posição topográfica de confecção do artigo é um fator que estabelece seu conteúdo normativo e sua interpretação, razão pela qual não se aplica o privilégio ao furto qualificado, ao dispor:

[...] Rechaça-se o argumento de que a simples ordem topográfica do dispositivo não impede o reconhecimento do privilégio, justamente porque, conforme asseverado, trata-se de condutas mais graves, não se devendo olvidar que a posição topográfica não estabelece o conteúdo normativo e, sim, é este último quem determina aquela.

Entretanto, hoje o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência é o da possibilidade de aplicação das benesses do privilégio às hipóteses de furto qualificado.

Portanto, os adeptos dessa posição referem-se que, em verdade, está sendo analisado a incidência de uma causa de diminuição de pena numa forma qualificadora de um delito e que, se presentes, no caso concreto, os requisitos para aplicação do privilégio, deve ele ser aplicado, seja o furto simples ou qualificado, porque, caso contrário, seria punido com a mesma pena os agentes que, valendo-se da mesma circunstância qualificadora, um subtrai coisa de pequeno valor e outro que subtrai coisa de valor elevado, mas que merecem punições diferentes.

Valendo-se dessa aceção, Nucci (2013, p. 793) aduz:

Ademais, ao se cuidar do chamado privilégio, aponta-se, na realidade, uma causa de diminuição de pena incidindo sobre um tipo qualificado. Assim, não vemos razão para punir o réu primário, que subtraiu coisas de pequeno valor, valendo-se de escalada, com a mesma pena daquele que subtraiu coisas de elevado valor, utilizando-se do mesmo expediente. São situações diferentes, que merecem o cuidado de aplicações diferenciadas quanto à reprimenda: para um, a pena de dois anos, diminuída de um a dois terços; para o segundo, a pena de dois anos, sem qualquer diminuição.

Nesse mesmo raciocínio, Bittencourt (2014, p. 51), opina que não há nenhuma razão que justifique a impossibilidade de coexistência desses dois institutos e, ainda, questiona que, se impossível essa coexistência, porque deve-se dar preferência à qualificadora em detrimento do privilégio, alertando que, referindo-

se às normas penais incriminadoras, o Direito Penal recomenda a interpretação favorável ao réu. Convém, aqui, transpor seus dizeres:

Não há nenhuma razão lógica, metodológica ou científica para que um tipo fundamental de crime possa receber a incidência ora de privilegiadora ora de qualificadora, mas nunca de ambas. Quando determinado crime satisfazer, *in concreto*, os requisitos legais exigíveis para caracterizar a privilegiadora, como é o caso da primariedade e do pequeno valor da coisa furtada, de incidir, ao mesmo tempo, alguma qualificadora, não há fundamento jurídico que autorize a não aplicação da privilegiadora. Por essa razão, optando-se por uma linha excludente, se deve dar preferência à qualificadora em detrimento da privilegiadora? E por que não se pode interpretar em sentido contrário, na medida em que, em se tratando de normas criminalizadoras, recomenda-se sempre a interpretação mais favorável?.

Ainda, favorável à coexistência desses dois institutos, Greco (2014b, p. 21), simplifica a questão ao dizer que "a aplicação do mencionado § 2º beneficia o agente, razão pela qual, por questões de boa política criminal, faz-se mister a sua aplicação".

### **3.4.3 Possibilidade de incidência simultânea dos institutos do furto noturno e do furto qualificado**

Finalmente, chega-se à análise do tema central deste trabalho, concernente na possibilidade ou não da aplicação da causa especial de aumento da pena do furto praticado durante o repouso noturno (artigo 155, § 1º, do Código Penal) nas hipóteses de furto qualificado (artigo 155, §§ 4º, 5º e 6º, do Código Penal) contudo, num primeiro momento, adstrito ao âmbito doutrinário.

Vários são os entendimentos adotados para se justificar a posição, ainda majoritária na doutrina, da impossibilidade de aplicação da majorante ao furto qualificado, aplicando-se somente ao furto simples, previsto no *caput* do artigo 155 do Código Penal.

Muitos autores apenas referem que a causa de aumento em tela se aplica somente ao furto simples, sem maiores detalhes do porquê desse entendimento. Todavia, é no argumento de que com a criação legislativa do artigo do furto, o legislador penal, conscientemente, na disposição paragrafal do dispositivo legal, com a colocação topográfica da causa de aumento da pena do repouso noturno (§ 1º) anteriormente às hipóteses do furto qualificado (§ 4º), restringiu o aumento da pena ao furto simples.

Nesse sentido, bem revela Greco (2014b, p. 19) ao lecionar:

Destaque-se, também, o fato de que a majorante em estudo somente se aplica ao furto simples, não sendo permitida a causa de aumento nas hipóteses de furto qualificado. Isso porque, de acordo com a situação topográfica do parágrafo *sub examen*, fosse intenção da lei aplicá-lo também às modalidades qualificadas, o aumento relativo ao repouso noturno deveria vir consignado posteriormente ao § 4º do art. 155 do Código Penal.

Com idêntica perspectiva também dispõe Prado (2013, p. 430), apenas elucidando, conquanto não seja possível a majoração da pena do repouso noturno no furto qualificado, a possibilidade de sua utilização como circunstância judicial na aplicação da pena-base, com fulcro no artigo 59 do Código Penal, tendo em vista ser uma característica objetiva. Segue seu entendimento:

De acordo com o disposto no artigo 155, § 1º, se o crime é praticado durante o repouso noturno, aumenta-se a pena de um terço, levando autorizada doutrina a sustentar que se trata de caso de furto qualificado, que o legislador preferiu catalogar como uma *tertia species*. Sem embargo do aludido entendimento, em face da colocação topográfica da causa de aumento da pena, esta não incide sobre as formas qualificadas de furto. No entanto, tal circunstância deve ser sopesada na aplicação da reprimenda, nos termos do artigo 59 do Código Penal.

Outro forte argumento a não aplicação da majorante do repouso noturno ao furto qualificado é uma questão de política criminal justificada pelo fato de que a exasperação da pena, em abstrato, para punição do furto qualificado já é suficiente para a reprimenda da conduta, tendo em vista que, no mínimo, dobra a pena do furto simples.

Posicionando-se nessa acepção relata Bittencourt (2014, p. 49) que a não incidência da majorante do repouso noturno no furto qualificado "justifica-se pela incidência de duas agravantes da pena: a simples qualificadora já dobra a sanção penal da figura simples, não havendo razão lógica para ainda ser elevada em mais um terço".

Ademais, se diante de um furto qualificado utilizar-se da majorante do repouso noturno, acrescentando a pena em um terço, pode acabar sendo cominada uma punição ao furto maior que a de um roubo (NORONHA, 2003, p. 246).

Colacionando-se esses dois argumentos para justificar a não coexistência desses dois institutos, vale transcrever a lição de Salles Junior (1995, p. 132-133) quando dispõe:

Vê-se, além do fundamento da causa de exasperação penal, pela simples colocação no Código Penal do dispositivo que regulamenta a punição do furto noturno, que o legislador teve em mira acrescentar um quantum mais elevado à pena do furto simples. O § 1º, por sua colocação, refere-se apenas ao furto simples, previsto no caput do artigo. Não diz respeito ao furto qualificado, porque este conta com pena autônoma, sensivelmente aumentada. Não reclama um parágrafo dispendo sobre alteração da reprimenda inicialmente prevista, como ocorre com o § 1º em relação ao caput do artigo.

[...] É que, diante do furto qualificado, com pena autônoma e sensivelmente maior, não haverá lugar para imposição de uma causa de exasperação que importará, ainda, em deslocar o dispositivo que se refere ao furto simples para aquele que diz respeito à forma mais intensa de participação criminosa.

Nesse contexto, vale discorrer que esse continua sendo o entendimento majoritário na doutrina, todavia, alguns doutrinadores têm mudado sua posição, entendendo ser possível a aplicação da causa especial de aumento de pena do repouso noturno no furto qualificado em razão de que as circunstâncias qualificadoras como o repouso noturno são requisitos objetivos e que tem incidência em momentos distintos da fixação da pena de acordo com o sistema trifásico, não havendo vedação legal para coexistirem.

Essa mudança de entendimento pode ser vista nos dizeres de Nucci (2013, p. 789-790):

A jurisprudência majoritária tem entendido que essa causa de aumento deve ser aplicada somente ao furto simples, isto é, à figura prevista no caput, tendo em vista a sua posição sistemática na construção do tipo penal. A pena do furto qualificado, já aumentada nas suas balizas mínima e máxima, não seria por esse aumento afetada. Ademais, as circunstâncias que envolvem o furto previsto no § 4º já são graves o suficiente para determinar uma justa punição ao autor da infração penal. Era a nossa posição. Mais detidamente refletindo sobre o tema, verificamos o seu desacerto no processo de fixação da pena. Em redor do tipo básico (caput), giram várias circunstâncias, algumas gerando aumento de pena, outras, diminuição. As elevações são obtidas por meio de qualificadoras e causas de aumento/ as diminuições, por meio de privilégios e causas de diminuição. A qualificadora, quando presente, altera a faixa de fixação abstrata da pena ( no caso do furto, pode-se alterá-la para dois a oito anos e multa - conforme § 4º - ou para três a oito - conforme § 5º). [...] Entretanto, a incidência concomitante de causas de aumento e de diminuição, previstas no mesmo tipo penal, podem (e devem) ser aplicadas umas sobre as outras. Por isso, se houver furto noturno, cometido por primário, com coisa de pouco valor, pode-se fazer incidir os §§ 1º, e 2º. Diante disso, presente apenas uma circunstância qualificadora do § 4º (ilustrado, a escalada), além da causa de aumento de ter sido o crime cometido durante o repouso noturno, prevista no § 1º, nada impede a aplicação de ambas. O juiz parte da faixa indicada pelo § 4º, por conta da escalada, logo dois a oito anos; fixa a pena-base com fulcro no art. 59 do CP; verifica se há agravantes ou atenuantes (arts. 61 e 65; finalmente, insere as causas de aumento, no caso, um terço a mais, por consideração ao § 1º. A posição da causa de aumento no tipo penal, bem como da qualificadora, é completamente

indiferente, levando-se em conta o processo trifásico de aplicação da pena. Outras considerações para não aplicar o aumento do § 1º às formas qualificadas (§ 4º ou 5º), constituem pura política criminal, visando à menor apenação ao acusado, embora distante da técnica de individualização da pena.

Diante do abordado, mostram-se referidos os diversos argumentos doutrinários de individualização da pena do furto, sendo necessário analisá-los à luz dos princípios do Direito Penal para verificar a tese que deve vigorar para aplicação aos casos concretos e sua conformidade com os julgados dos Tribunais Superiores.

#### **4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS ATUAIS ENTENDIMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO FURTO NOTURNO AO FURTO QUALIFICADO**

De todo o exposto até o momento, primeiramente, foram abordados e analisados, em abstrato, os fundamentos e princípios do Direito Penal, especialmente os princípios de garantia dos indivíduos como defesa ao direito de punir do Estado e, na sequência, estudado o delito de furto e suas hipóteses de incidência.

Tudo isso feito para embasar a análise central deste trabalho que é combinar os temas analisados nos capítulos anteriores para verificar se o atual entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, sendo eles Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, em aplicar, nos casos concretos, a causa especial de aumento da pena do repouso noturno (artigo 155, § 1º, do Código Penal) às hipóteses de furto qualificado (artigo 155, §§ 4º, 5º e 6º, do Código Penal) estão em consonância com os ditames do princípio da legalidade, especialmente no tocante à impossibilidade de aplicação da analogia *in malam partem* no Direito Penal.

##### **4.1 DA TRANSAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE À POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRIVILÉGIOS DO § 2º, DO ARTIGO 155, DO CÓDIGO PENAL AOS CASOS DE FURTO QUALIFICADO (ARTIGO 155, § 4º, DO CÓDIGO PENAL)**

Desde que se tem registro, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores adotavam, de forma praticamente uníssona, o entendimento de que a causa especial de aumento da pena do furto praticado durante o repouso noturno somente era aplicada ao furto simples, excluindo-se do furto qualificado.

Isto era entendido em razão da posição topográfica dos parágrafos, na formulação do tipo penal do artigo 155 do Código Penal, pois considerava-se que o legislador, conscientemente, ao prever a majorante antes das hipóteses qualificadoras, quis excluir dessas a causa de aumento. Exemplos desse entendimento serão consignados mais adiante.



Essa justificativa, embora não de forma tão pacífica, também era utilizada para embasar a inaplicabilidade dos privilégios do § 2º ao furto qualificado. Todavia, os Tribunais Superiores trataram de acabar com essa divergência em seus julgados, passando a julgar constantemente pela possibilidade da incidência do privilégio nas formas qualificadas do furto.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal que, embora antigo, é o mais recente de que se teve acesso na pesquisa jurisprudencial que expressa o posicionamento anteriormente adotado pela referida Corte que inadmitia a incidência dos privilégios do § 2º do artigo 155 do Código Penal às hipóteses do furto qualificado, senão vejamos:

FURTO QUALIFICADO (ART. 155, PARAGRAFO 4, INC. IV, DO C. PENAL). DESCABIMENTO DO PRIVILÉGIO DO PARÁGRAFO 2. R.E. CONHECIDO E PROVIDO PARA SE RESTABELECE A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, QUE CONDENOU O RECORRIDO, SEM TAL PRIVILÉGIO. OCORRÊNCIA, PORÉM, MESMO ASSIM, DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, PELA PENA EM CONCRETO, FACE À MENORIDADE DO SENTENCIADO E AO TEMPO DECORRIDO ENTRE A DATA DA SENTENÇA E A DA CHEGADA DOS AUTOS AO S.T.F. (ARTIGOS 109, V, 110, PARÁGRAFO 1, E 115 DO C. PENAL). (RE 113408, Relator (a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 06/03/1989, DJ 23-06-1989 PP-11002 EMENT VOL-01547-01 PP-00202). (BRASIL, 2017d).

Esse entendimento permaneceu majoritário por longos anos na Suprema Corte de Justiça, todavia, essa orientação decisória encontrou resistência nos julgados da então Ministra Ellen Gracie, quem passou a decidir pela compatibilidade dos institutos do furto privilegiado (artigo 155, § 2º, do Código Penal) e do furto qualificado (artigo 155, § 4º, do Código Penal), entendendo, caso presentes no caso concreto os requisitos para aplicação do privilégio, mormente a primariedade do infrator e o pequeno valor da *res furtiva*, ser possível sua aplicação nas hipóteses de furto qualificado.

Com efeito, embora tenha a excelsa ex-Ministra se posicionado anteriormente nesse contexto (HC 94.765-4/RS, julgado em 09/09/2008, DJ 26/09/2008), foi no Acórdão proferido no *Habeas Corpus* n. 96.843-1/MS, da mesma época, que ela abordou diretamente o tema, elucidando a mutação do entendimento explanado.

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. RÉU PRIMÁRIO. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO PARÁGRAFO 2º DO ART.

155 DO CP. ORDEM CONCEDIDA. 1. A questão tratada no presente writ diz respeito à possibilidade de aplicação do privilégio previsto no parágrafo 2º do art. 155 do Código Penal ao crime de furto qualificado. 2. Considero que o critério norteador, deve ser o da verificação da compatibilidade entre as qualificadoras (CP, art. 155, § 4º) e o privilégio (CP, art. 155, § 2º). E, a esse respeito, no segmento do crime de furto, não há incompatibilidade entre as regras constantes dos dois parágrafos referidos. 3. No caso em tela, entendo possível a incidência do privilégio previsto no parágrafo 2º do art. 155 do Código Penal, visto que, apesar do crime ter sido cometido em concurso de pessoas, o paciente é primário e a coisa furtada de pequeno valor. 4. Ante o exposto, concedo a ordem de habeas corpus. (HC 96843, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-04 PP-00719 LEX STF v. 31, n. 364, 2009, p. 490-495). (BRASIL, 2017e).

Esse *decisum* expressa o marco transitório do posicionamento seguido no Supremo Tribunal Federal, porquanto foi a partir de então que tornou-se praticamente pacífico, entre seus ministros, o entendimento pela possibilidade de aplicação dos benefícios do furto privilegiado aos casos de furto qualificado.

Nesse diapasão, colaciona-se a seguinte decisão da Suprema Corte brasileira reforçando o argumento de que não há nenhuma incompatibilidade entre as circunstâncias qualificadoras do crime de furto (ao passo que todas possuem caráter objetivo, em razão de serem hipóteses de meios e modos de execução do delito) com a questão de o agente ser primário e a *res furtiva* ser de pequeno valor, podendo coexistir esses dois institutos no mesmo caso fático, acrescentando ademais, que esse raciocínio já era utilizado para reconhecimento do homicídio qualificado-privilegiado. Para elucidar a questão, segue transcrita a ementa do julgado em questão:

HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DA PRIMARIEDADE E DO PEQUENO VALOR DA COISA SUBTRAÍDA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido do reconhecimento da conciliação entre homicídio objetivamente qualificado e ao mesmo tempo subjetivamente privilegiado. Noutro dizer, tratando-se de circunstância qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva). 2. A mesma regra de interpretação é de ser aplicada no caso concreto. Caso em que a qualificadora do rompimento de obstáculo (de natureza nitidamente objetiva - como são todas as qualificadoras do crime de furto) em nada se mostra incompatível com o fato de ser o acusado primário; e a coisa, de pequeno valor. Precedentes da Segunda Turma do STF. 3. Ordem concedida para reconhecer a incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP e julgar extinta a punibilidade do paciente pela prescrição retroativa. (HC 98265, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24/03/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-02 PP-00407). (BRASIL, 2017f).

Não obstante todos os argumentos lançados nas decisões pretéritas do Supremo Tribunal Federal à aplicação simultânea dos institutos do furto qualificado e do privilegiado, os quais certamente são requisitos indispensáveis para essa configuração, mormente a incidência simultânea, no caso concreto, tanto de uma hipótese qualificadora do furto, como também a primariedade do réu e o pequeno valor da coisa furtada, essa comutação de institutos só se justifica, no Direito Penal brasileiro, tendo em vista que traduz-se em uma interpretação benéfica das normas penais incriminadoras, portanto, favorável ao agente.

Essa acertada interpretação é expressamente aludida pelo Ministro Luiz Fux, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 115.225-DF, de sua relatoria, fazendo constar sua posição na emenda do acórdão, conforme extrai-se:

Recurso ordinário em habeas corpus. Furto qualificado pelo abuso de confiança – art. 155, § 4º, II, do CP. Aplicação da figura privilegiada do § 2º do art. 155 – primariedade e pequeno valor da coisa. Compatibilidade. Precedentes. 1. **O furto qualificado privilegiado encerra figura harmônica com o sistema penal no qual vige a interpretação mais favorável das normas penais incriminadoras, por isso que há compatibilidade entre os §§ 2º e 4º do art. 155 do Código Penal quando o réu for primário e a res furtivae de pequeno valor, reconhecendo-se o furto privilegiado independentemente da existência de circunstâncias qualificadoras.** Precedentes: HC 96.843, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 24/04/2009; HC 97.034, Relator Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJe de 07/05/2010; HC 99.222, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 089/06/2011; e HC 101.256, Relator Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 14/09/2011). 2. In casu, os requisitos legais reclamados pelo § 2º do art. 155 do Código Penal para o reconhecimento do furto privilegiado restaram reconhecidos: primariedade e pequeno valor da coisa subtraída (aproximadamente 100 reais), não devendo prevalecer, no ponto, por contrariar a jurisprudência desta Corte, os acórdãos da apelação e o ora impugnado, porquanto afastaram a aplicação da figura privilegiada sob o singelo fundamento de sua incompatibilidade com a qualificadora do § 4º, II, do art. 155 do Código penal. 3. Recurso ordinário provido para restabelecer a sentença condenatória no ponto em que, reconhecendo a figura privilegiada no crime de furto qualificado, substituiu a pena de dois anos de reclusão por detenção pelo mesmo tempo. (RHC 115225, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 15-04-2013 PUBLIC 16-04-2013). (BRASIL, 2017g, grifo nosso).

Esse argumento, por todo o abordado nos capítulos anteriores, revela-se como característica fundante da aplicação de algum dos privilégios previstos ao furto (artigo 155, § 2º, do Código Penal), às formas qualificadas desse delito (artigo 155, § 4º, do Código Penal), haja vista que, na construção do tipo penal do furto (artigo 155 do Código Penal), o legislador, conhecedor da técnica construtiva de lei, fez, conscientemente, prever a hipótese e os requisitos para concessão de algum

privilégio (também capitulados), anteriormente à previsão das circunstâncias em que o furto passa de sua forma basilar, para as formas qualificadas, mais graves/injustas e dignas de maior represália, com penas abstratas maiores em seus limites mínimo e máximo, no intuito de excluir a concessão dessas benesses aos casos de prática de furto qualificado.

No entanto, ainda que o legislador não tenha contemplado, na lei penal, os praticantes de furto qualificado com a possibilidade da concessão de uma diminuição da pena ou substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa (artigo 155, § 2º, do Código Penal), restou mais do que evidenciado ao longo do corrente estudo que, no Direito Penal, é perfeitamente viável a utilização da analogia, isto é, aplicar uma disposição legal adstrita a determinada circunstância a uma hipótese semelhante não amparada legalmente, desde que essa integração da norma seja benéfica ao agente/réu, vedando-se a analogia que prejudique-o.

Consolidando esse posicionamento, o Supremo Tribunal Federal já teve outras oportunidades, posteriores, de decidir sobre o tema, expondo seu posicionamento favorável à aplicação dos benefícios do furto privilegiado ao furto qualificado, de acordo com o que revela o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. COMPATIBILIDADE ENTRE O PRIVILÉGIO E A QUALIFICADORA DO CRIME DE FURTO: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. As causas especiais de diminuição (privilégio) são compatíveis com as de aumento (qualificadora) de pena previstas, respectivamente, nos parágrafos 2º e 4º do artigo 155 do Código Penal. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido. (HC 123934, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19-11-2014 PUBLIC 20-11-2014). (BRASIL, 2017h).

De todo o elencado, mostra-se acertado o entendimento atualmente adotado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em aplicar concomitantemente os institutos do furto privilegiado e do furto qualificado, em suas diversas vertentes, quando preenchidos, no mesmo caso concreto, os requisitos objetivos para suas incidências.

Vale, nesse ponto, consignar que, pelas razões expostas nesse trabalho, propõe-se a justificar a aplicação dos benefícios do furto privilegiado (artigo 155, § 2º, do Código Penal) aos casos de prática de furto qualificado (artigo 155, § 4º, § 5º e § 6º, do Código Penal) pela aplicação da analogia *in bonam partem*, porquanto a

incidência do privilégio está legalmente reservada ao furto simples (artigo 155, *caput* do Código Penal).

Todavia, por esse delito basilar guardar estreita semelhança, com sua forma qualificada que, embora derivada, é autônoma, torna-se possível a utilização da analogia para beneficiar o agente quando presentes os requisitos legais, no caso fático, para utilização do privilégio (primariedade do agente e pequeno valor da coisa furtada). No entanto, nem sempre esse argumento é levantado pelos nobres julgadores em suas decisões.

Por sua vez, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a evolução do entendimento adotado por seus ministros pela possibilidade de aplicação dos benefícios do furto privilegiado ao furto qualificado se deu na mesma linha de raciocínio do Supremo Tribunal Federal, alhures elucidada.

Isto porque, também reinou majoritariamente, nesse Tribunal Superior, desde que se tem registro até praticamente o início desta década, o entendimento de que os privilégios do § 2º do artigo 155 do Código Penal estariam reservados a incidir sobre o furto simples, previsto no *caput* do mesmo artigo, não se aplicando às suas formas qualificadas (artigo 155, § 4º, do Código Penal), tendo como motivo determinante o maior desvalor do resultado nos furtos qualificados que impossibilita o maior desvalor da ação a ensejar a concessão das benesses em questão. Ilustrando esse entendimento, colacionam-se as seguintes decisões:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. INAPLICABILIDADE DO PAR. 2. DO ART. 155 DO CP. DESVALOR DE AÇÃO E DESVALOR DE RESULTADO. PEQUENO VALOR E PEQUENO PREJUÍZO.

I - AO FURTO QUALIFICADO NÃO SE APLICA A MINORANTE DA FORMA PRIVILEGIADA. O MENOR DESVALOR DE RESULTADO, DESDE QUE NÃO SEJA INSIGNIFICANTE, CARECE DE RELEVANCIA JURIDICA NO SENTIDO DE AFETAR O DESVALOR DE AÇÃO NA FIGURA TIPICA DO FURTO QUALIFICADO. II - O VALOR DA "RÉS FURTIVA" DEVE SER MEDIDO AO TEMPO DA SUBTRAÇÃO, NÃO SE IDENTIFICANDO COM O PEQUENO OU NENHUM PREJUÍZO DALI RESULTANTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 76.881/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/1997, DJ 14/04/1997, p. 12764). (BRASIL, 2017).

E, mais recente, próximo ao período de mudança do posicionamento:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART.155, § 2º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

1. É pacífica a orientação deste Tribunal no sentido de que, para a incidência do privilégio inscrito no § 2º do art. 155 do Código Penal, é imperativo não incidir, à espécie, qualquer das hipóteses qualificadoras do crime de furto, em que prevalece o desvalor da ação. 2. In casu, incabível o reconhecimento do referido privilégio, tendo em vista tratar-se de furto qualificado. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 932.844/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2007, DJe 10/03/2008). (BRASIL, 2017j).

Ocorre que, somente após ter sido assentado, no Supremo Tribunal Federal, o novo entendimento da possibilidade de comunicação entre os institutos do furto privilegiado e do furto qualificado, por volta do início dessa década, foi que os ministros do Superior Tribunal de Justiça passaram a adotar essa orientação decisória, sob o mesmo argumento de que, em se tratando as qualificadoras do furto de características objetivas e, presentes também no caso concreto os requisitos do privilégio, pode-se aplicar essas benesses ao agente, contudo é medida excepcional, desde que a ação criminosa não esteja revestida de maior gravidade.

Expressando essa posição no período transitório, tem-se a seguinte decisão:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE CHAVE FALSA. PRIVILÉGIO DO § 2º DO ART. 155 DO CP. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. COMPATIBILIDADE COM A MODALIDADE QUALIFICADA. PRIMARIEDADE E PEQUENO VALOR DA RES FURTIVA. NATUREZA OBJETIVA DAS QUALIFICADORAS. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DE RIGOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Embora a jurisprudência majoritária desta Corte Superior seja no sentido de que nos casos de furto qualificado não incide, via de regra, o privilegium estatuído no § 2º do artigo 155 do Estatuto Penal, a orientação mais moderna, contudo, tem navegado na direção da compatibilidade das qualificadoras com o redutor, em casos excepcionais. Precedentes do STF e deste STJ. 2. Sendo o paciente primário, de pequeno valor a res furtiva, verificando-se que as qualificadoras do delito são de natureza objetiva - concurso de agentes e emprego de chave falsa - e que o fato criminoso não se revestiu de maior gravidade, devida a incidência do benefício legal do furto privilegiado, pois presente a excepcionalidade devida para o seu reconhecimento na espécie. 3. Ordem concedida. (HC 157.684/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 04/04/2011). (BRASIL, 2017k).

Contudo, o marco pacificador dessa orientação decisória no Superior Tribunal de Justiça expressa-se no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 842.425/RS, julgado em 24/08/2011, de relatoria do Ministro Og Fernandes que bem esclareceu que, no entendimento do referido Tribunal Superior, a questão principal a ser analisada para incidência do privilégio ao furto qualificado é o fato de, além de o réu ser primário e de pequeno valor a coisa furtada (requisitos

do privilégio), a qualificadora perpetrada pelo agente seja de caráter objetivo. Segue transcrita a emenda da referida decisão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE CONCURSO DE AGENTES. SUBTRAÇÃO DE MERCADORIAS AVALIADAS EM R\$ 250,00 (DUZENTOS E CINQUENTA REAIS). INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA CORTE E DO STF.

1. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pacificou entendimento no sentido de ser possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º). 2. Registre-se que o único requisito exigido para aplicação do benefício é que as qualificadoras sejam de ordem objetiva, como no caso - concurso de agentes -, e que o fato delituoso não seja de maior gravidade. 3. Desse modo, sendo o réu primário e de pequeno valor a *res furtiva*, não há óbice à concessão do referido privilégio na hipótese de furto qualificado pelo concurso de agentes. 4. Embargos de divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, negar provimento ao recurso especial do Ministério Público. (REsp 842.425/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 02/09/2011). (BRASIL, 2017).

Nesse diapasão, colaciona-se também o seguinte *decisum* de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, o qual merece a devida atenção porquanto serviu, algum tempo depois, como fundamento para aplicação da causa de aumento do furto praticado durante o repouso noturno ao furto qualificado no acórdão proferido HC 306.450/SP, de relatoria da mesma Ministra, que será especialmente estudado mais a frente:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PENAL E PROCESSO PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DISSÍDIO NOTÓRIO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO NO FURTO QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DE NATUREZA OBJETIVA. ACÓRDÃO ESTADUAL EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO. CONFIRMAÇÃO DO ENTENDIMENTO PRECONIZADO NO ERESP 842.425/RS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Consoante entendimento pacificado pelo julgamento do REsp. 842.425/RS, de que relator o eminente Ministro Og Fernandes, afigura-se absolutamente "possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º)", máxime se presente qualificadora de ordem objetiva, a primariedade do réu e, também, o pequeno valor da *res furtiva*. 2. Na hipótese, estando reconhecido pela instância ordinária que os bens eram de pequeno valor e que o réu não era reincidente, cabível a aplicação da posição firmada pela Terceira Seção, o que confirma a harmonia do acórdão recorrido com o pensamento desta Corte. 3. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1193932/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 28/08/2012). (BRASIL, 2017m).

Ademais, faz-se oportuno abordar que esse entendimento de aplicação do privilégio previsto no § 2º do artigo 155, do Código Penal às hipóteses de furto qualificado de caráter objetivo (artigo 155, § 4º, do Código Penal) restou petrificado como sendo pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ao ser decidido, em 11/06/2014, por sua previsão na Súmula n. 511 do STJ sob o seguinte verbete:

Súmula 511 - É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva. (BRASIL, 2017n).

Por fim, ponto que merece atenção nesses julgados do STJ é o fato de não ser abordada expressamente a questão da utilização da analogia *in bonam partem* a justificar a possibilidade de aplicação da figura do privilégio (§ 2º) ao furto qualificado (§ 4º), porquanto as benesses, de acordo com a confecção do tipo penal do furto (artigo 155 do Código Penal), estariam, pela forma da lei, adstritas ao furto simples (*caput*).

#### 4.2 DA TRANSAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE À POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO FURTO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO (ARTIGO 155, § 1º, DO CÓDIGO PENAL) AOS CASOS DE FURTO QUALIFICADO (ARTIGO 155, § 4º, DO CÓDIGO PENAL)

Conforme já aludido, extrai-se, dos materiais coletados e estudados, que pendurou, por muito tempo, na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, de forma praticamente incontroversa, o entendimento de que a causa especial de aumento da pena do furto praticado durante o repouso noturno somente incidia nos casos de furto simples, não se aplicando do furto qualificado.

Fundamentava-se essa argumentação em razão da posição topográfica dos parágrafos na formulação do tipo penal do artigo 155 do Código Penal, pois considerava-se que o legislador, conscientemente, ao prever a majorante no parágrafo primeiro do dispositivo legal em comento, portanto, antes das hipóteses qualificadoras dispostas naquele momento histórico em seu parágrafo quarto, quis excluir dessas a causa de aumento.

Essa justificativa também já foi utilizada para embasar a inaplicabilidade dos privilégios do § 2º ao furto qualificado, mas que, atualmente, reina pacífica, pelo



menos nos Tribunais Superiores, à possibilidade de aplicação dessas benesses aos tipos derivados, mais graves do furto.

Nesse contexto, vale abordar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça do ano de 1999 que entendia pela impossibilidade de aplicação da majorante do furto noturno no furto qualificado, ao simplesmente discorrer:

PENAL. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, IV, DO CP). INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO § 1º (REPOUSO NOTURNO). IMPOSSIBILIDADE.

1 - A causa especial de aumento do § 1º, do art. 155, do CP (repouso noturno) somente incide sobre o furto simples, sendo, pois, descabida a sua aplicação na hipótese de delito qualificado (art. 155, § 4º, IV, do CP). Precedentes jurisprudenciais. 2 - Ordem concedida. (HC 10.240/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/1999, DJ 14/02/2000, p. 79). (BRASIL, 2017o).

Esse entendimento continuou a ser aplicado de forma majoritária nas decisões do STJ no início do presente século, senão vejamos:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. REPOUSO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE.

I - Incide a majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal se o delito é praticado durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade inclusive para estabelecimentos comerciais, como ocorreu in casu (Precedentes).

II - Entretanto, a causa especial de aumento de pena do repouso noturno é aplicável somente às hipóteses de furto simples, sendo incabível no caso do delito qualificado (Precedente).

Recurso desprovido.

(REsp 940.245/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJe 10/03/2008). (BRASIL, 2017p).

Merece destaque, desse julgado, o voto do iminente Ministro Relator Felix Fischer, do qual colhe-se seu argumento de que a majorante do furto noturno só é aplicável ao furto simples, sendo incompatível com as hipóteses de furto qualificado, ressaltando o entendimento adotado por grande parte da doutrina de que essa incompatibilidade justifica-se pelo fato de o legislador ter capitulado a causa de aumento do furto de repouso noturno anteriormente às qualificadoras, na construção do tipo penal de furto, já no intuito de afastar a comutação desses dois institutos, ao dispor:

[...] Entretanto, verifica-se que o recorrido foi condenado como incurso no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, o que impede a incidência da causa de aumento do repouso noturno, haja vista que a majorante de pena prevista no § 1º do art. 155 do CP somente é aplicável às hipóteses de furto

simples, sendo incabível nos casos de o delito ser qualificado. Com efeito, parte da doutrina ressalta que a majorante do repouso noturno é incompatível com a forma qualificada do furto, principalmente por ter sido tratada pelo legislador antes das qualificadoras no art. 155 do Código Penal. (BRASIL, 2017p).

Por fim, o último acórdão de que se tem registro no Superior Tribunal de Justiça julgando diretamente a questão em tela, decidindo pela impossibilidade de aplicar a causa de aumento prevista no § 1º, do artigo 155, do Código Penal, aos casos de furto qualificado, especificamente, no caso analisado, aos previstos no artigo 155, § 4º, do Código Penal, é datado do ano de 2010, reforçando os argumentos até então lançados, ao decidir:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA POR TER SIDO O DELITO PRATICADO DURANTE O PERÍODO NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1) Se a questão constante da inicial não foi analisada pelo juízo de origem, não pode esta E. Corte dela conhecer e analisar, sob pena de indevida supressão de instância.

2) O aumento de pena por ter sido o delito de furto praticado durante o período noturno não incide nos crimes qualificados. Nestes, as penas previstas já são superiores.

3) Impetração não conhecida, com concessão de "habeas corpus" de ofício para, cancelado o aumento de pena por ter sido o delito cometido no período noturno, reduzir as penas dos pacientes a três anos de reclusão e ao pagamento de dez dias-multa, mantido o regime prisional inicial fechado, reconheço a extinção da punibilidade da espécie, com relação ao paciente Carlos Fernando Mendonça Marinho, nos termos do artigo 109, inciso IV; 110; e 115, do Código Penal.

(HC 131.391/MA, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 06/09/2010) (BRASIL, 2017q).

Vale transcrever parte do voto proferido pelo Ministro Celso Limongi, relator desse julgado, que expressou seu posicionamento em afastar a incidência da causa de aumento do furto praticado durante o repouso noturno ao furto qualificado em razão de que, quando da confecção da norma, o legislador, além da questão topográfica de disposição dos parágrafos do artigo 155 do Código Pena, vinculando essa causa de aumento (§ 1º) exclusivamente ao furto simples (*caput*), já previu às formas qualificadas penas abstratas superiores, vedando-se a esses "novos tipos penais", derivados da figura basilar do furto, a majoração da pena pela incidência do furto noturno:

[...] É caso, porém, de concessão de "habeas corpus" de ofício, porque comprovada a coação ilegal descrita na inicial. Com efeito, a qualificadora

do furto noturno só pode ser aplicada ao delito simples, porquanto, para a forma qualificada, o legislador fixou penas superiores. Além disso, a causa de aumento de pena está prevista no parágrafo 1º do "caput" do artigo 155 do Código Penal. O furto qualificado, por sua vez, é previsto no parágrafo 4º do mesmo artigo e as hipóteses que o caracterizam estão descritas nos incisos I a IV. [...] (BRASIL, 2017q).

Portanto, a orientação jurisprudencial do STJ seguia em perfeita harmonia com o entendimento amplamente majoritário da doutrina acerca da impossibilidade de aplicação da causa de aumento prevista no artigo 155, § 1º, do Código Penal às hipóteses do furto qualificado capituladas no artigo 155, § 4º, do Código Penal, especialmente por causa do argumento de que o legislador intencionalmente fez prever, na construção do tipo penal do furto, de acordo com a posição paragrafal e sua redação, que a majorante estaria adstrita ao furto simples, sendo interpretação contrária, violação ao princípio da legalidade.

No entanto, após ter sido pacificado o entendimento de que é plenamente possível a aplicação de um dos privilégios dispostos no artigo 155, § 2º, do Código Penal às formas qualificadas do furto (artigo 155, § 4º e § 5º, do Código Penal), em manifesta aplicação da analogia *in bonam partem*, conforme já restou esclarecido, chegou-se a análise do Superior Tribunal de Justiça o Habeas Corpus n. 306.450/SP para nova discussão sobre a possibilidade de aplicação da majorante do furto noturno nos casos de furto qualificado.

Nesse contexto, valendo-se os Nobres Ministros, principalmente a Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, do entendimento solidificado no âmbito dos Tribunais Superiores (STF e STJ) da possibilidade de reconhecimento do privilégio ao furto qualificado, quando coexistirem os requisitos de incidência de ambos os institutos no caso concreto, da mesma forma seria possível aplicar a majorante do furto noturno, não só para o furto simples, mas como também para o furto na sua forma qualificada. Segue transcrita a emenda do referido acórdão:

HABEAS CORPUS. ART. 155, § 1.º E § 4.º, I E IV, C.C. ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. VIA INADEQUADA. CRIME PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. APLICAÇÃO DO ART. 155, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL. FURTO QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente

a ordem como substitutiva de revisão criminal, eis que a condenação transitou em julgado. 2. A causa de aumento prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. Tal entendimento revela, *mutatis mutandis*, a posição firmada por este Sodalício no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.193.194/MG, de minha Relatoria, no qual afigurou-se possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2.º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4.º), máxime se presentes os requisitos. 3. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensejar o afastamento da circunstância relativa ao repouso noturno e da continuidade delitiva, bem como a desclassificação do crime de furto consumado para a forma tentada. 4. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da reprimenda no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 306.450/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014). (BRASIL, 2017r).

Este julgado é o que merece maior destaque de análise no presente trabalho, tendo em vista representar o marco transitório e base da mudança de interpretação dada pelos Tribunais Superiores que passaram a entender ser possível a aplicação da causa de aumento do furto praticado durante o repouso noturno (artigo 155, § 1º, do Código Penal) às hipóteses de furto qualificado (artigo 155, § 4º e § 5º, do Código Penal), em detrimento do argumento de que não poderiam coexistir esses dois institutos pela posição sistemática de disposição dos mencionados parágrafos quando da construção do tipo penal do furto pelo legislador.

Assim, para contextualizar o tema, vale elucidar o caso fático que chegou ao referido Tribunal Superior para análise que culminou na decisão alhures mencionada, expressa no corpo do acórdão ao ser transcrita parte da sentença condenatória de 1º grau.

[...] CELSO DE JESUS MANZOLI e SÉRGIO FERREIRA SOARES foram denunciados como incurso no artigo 155, § 4.º, I e IV, c.c. artigo 29, ambos do Código Penal; no artigo 155, § 4.º, I e IV, c.c. artigo 14, II, e 29, todos do Código Penal; e no artigo 288, caput, do Código Penal, sendo os dois primeiros delito em concurso formal de infrações e o último em concurso material, sob a acusação de:

a) Em 25/06/2012, na região de cidade, previamente ajustados e com unidade de desígnios, terem-se associado a pelo menos dois homens não identificados em quadrilha armado com artefatos explosivos, para o fim de cometer crimes;

b) Em 25/06/2012, no período da madrugada e de repouso noturno, na Chácara Nossa Senhora Aparecida, na área rural desta cidade, terem, previamente ajustados e com unidades de desígnios entre si e com pelo menos dois outros homens não identificados, subtraído, em proveito comum e mediante rompimento de obstáculo, 02 (dois) revólveres de vacina de gado bovino (cada um avaliado em R\$ 200,00), 01 (um) aparelho de choque usado em cerca divisória (avaliado em R\$ 75,00), 16 (dezesesseis) animais machos e 01 (uma) novilha, todas da "raça nelore (avaliados em R\$ 13.500,00), pertencentes a M.P.C.;

c) Em 25/06/2012, no período da madrugada e de repouso noturno, no Sítio Santa Luzia, na área rural desta cidade, terem, previamente ajustados e com unidades de desígnios entre si e com pelo menos dois outros homens não identificados, tentado subtrair, em proveito comum e mediante rompimento de obstáculo, 29 (vinte e nove) fêmeas adultas (vacas), 01 (um) animal macho (touro reprodutor) e 05 (cinco) bezerros, todos da raça nelore, avaliados em R\$ 34.500,00, pertencentes a A.M., crime que somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos réus. [...] (BRASIL, 2017r).

Curioso, o fato em questão, porquanto as condutas delitivas acima mencionadas hoje configurariam a prática do crime de furto qualificado na modalidade, denominada doutrinariamente, de abigeato, que foi legalmente incluída no artigo 155, § 6º, do Código Penal, pela Lei n. 13.330 de 2016.

Da análise do julgado, colhe-se do voto da Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura seus argumentos ao justificar a aplicação da majorante do furto praticado durante o repouso noturno (artigo 155, § 1º, do Código Penal) ao furto qualificado (artigo 155, § 4º, do Código Penal), especialmente, como já dito, em virtude de ser firme o entendimento nos Tribunais Superiores da possibilidade de coexistirem os institutos do privilégio (artigo 155, § 2º, do Código Penal) ao furto qualificado, desconsiderando o argumento da posição dos respectivos parágrafos na construção legislativa como óbice a essa coexistência de institutos, ao dispor:

A causa de aumento prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal – prática do crime de furto no período noturno -, a meu ver, pode incidir tanto no crime de furto simples (caput) como na sua forma qualificada (§ 4.º). Isso porque tal entendimento está em consonância, *mutatis mutandis*, com a posição firmada por este Sodalício no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.193.194/MG, de minha Relatoria, no qual afigurou-se possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2.º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4.º), máxime se presentes os requisitos. [...] Dessarte, nessa linha de raciocínio, não haveria justificativa plausível para se aplicar o § 2.º do art. 155 do CP e deixar de impor o § 1.º do referido artigo, que, a propósito, compatibiliza-se com as qualificadoras previstas no § 4.º do dispositivo. Ademais, cumpre salientar que o § 1.º do art. 155 do CP refere-se à causa de aumento, tendo aplicação apenas na terceira fase da dosimetria, o que não revela qualquer prejuízo na realização da dosimetria da pena com arrimo no método trifásico. [...] Todavia, o fato é que, após o entendimento exarado em 2011 no julgamento do EREsp 842.425/RS, no qual se evidenciou a possibilidade de aplicação do privilégio (§ 2.º) no furto qualificado, não há razoabilidade

em negar a incidência da causa de aumento (delito cometido durante o repouso noturno) na mesma situação em que presente a forma qualificada do crime de furto. Em outras palavras, uma vez que não mais se observa a ordem dos parágrafos para a aplicação da causa de diminuição (§ 2.º), também não se considera tal ordem para imposição da causa de aumento (§ 1.º). Em assim sendo, tendo em vista que o furto em tela é qualificado pelo concurso de agentes e rompimento de obstáculos, não há qualquer óbice para aplicação da causa de aumento de pena (art. 155, § 1º, do Código Penal), devendo, portanto ser mantida. [...] (BRASIL, 2017r).

Em observância ao voto da doutra Ministra, extrai-se que seus argumentos para aplicação da majorante do furto noturno aos casos de furto qualificado estão consubstanciados, sobretudo, no fato de que, em não se entendendo mais que a ordem dos parágrafos da construção do tipo penal do furto (artigo 155 do Código Penal) seja óbice à aplicação da causa de diminuição (§ 2º) ao furto qualificado (§ 4º), também não se considera tal ordem para imposição da causa de aumento (§ 1º). No entanto, não faz distinção alguma de aplicação de tais causas de diminuição e aumento da pena em virtude do emprego da analogia, *in bonam partem* e *in malam partem*, respectivamente.

Outro argumento levantado em seu voto é a questão da dosimetria da pena, mormente as qualificadoras servem para aumentar os limites mínimos e máximos, em abstrato, da pena culminada a determinado crime quando perpetrado em circunstâncias especiais, legalmente previstas. Por sua vez, as causas de aumento e diminuição da pena são aplicadas na terceira fase da dosimetria da pena (artigo 68 do Código Penal), razão pela qual não haveria incompatibilidade que justificasse a sua não incidência nos furtos qualificados como verdadeira majorante, aumentando em um terço a pena até então calculada, não devendo ser aplicada, como anteriormente era pacífico, somente como circunstância judicial desfavorável ao réu na fixação da pena-base (artigo 59 do Código Penal), na primeira fase do cálculo da pena.

Isto, em verdade, não é justificativa para aplicação simultânea desses dois institutos do furto, tendo em vista que, sendo entendido que é possível a aplicação da majorante no furto qualificado, certamente será aplicável como causa de aumento, no entanto, ao ser entendido pela não coexistência desses dois parágrafos, convém utilizar a fática circunstância de cometimento do crime durante o repouso noturno, período de menor vigilância da vítima e da sociedade sobre os bens próprios e alheios, como circunstância judicial desfavorável na fixação da pena-base numa eventual condenação do réu.

Apesar disso, como dito, esse julgado representa a mutação do entendimento no âmbito dos Tribunais Superiores passando-se a julgar pela possibilidade de aplicação da causa de aumento do furto praticado durante o repouso noturno tanto ao furto simples como ao furto qualificado, veja-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 83 DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Ao contrário do afirmado, a decisão agravada está sim em absoluta consonância com a linha de raciocínio desenvolvida por esta Corte na apreciação do recurso especial representativo da controvérsia 1.193.194/MG, ocasião em que se decidiu pela compatibilidade do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal com as hipóteses objetivas de furto qualificado. 2. Desse modo, seguindo, *mutatis mutandi*, a linha do raciocínio jurídico adotado por este Superior Tribunal de Justiça e pela Suprema Corte, verifica-se não haver, também nesta hipótese, incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno. 3. Assim, à míngua de argumentos robustos o bastante para superar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume pelos seus próprios termos. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 741.482/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 14/09/2015) (BRASIL, 2017s).

Ademais, já no corrente ano, foi novamente adotado esse entendimento pelos membros do Superior Tribunal de Justiça ao julgarem:

PENAL. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO. COMPATIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. JULGAMENTO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela compatibilidade do furto qualificado e da causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno. Precedentes.

2. A questão em debate restringe-se a matéria de direito, não havendo que se falar em reexame de provas.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1619811/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017) (BRASIL, 2017t).

E, ainda:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 155, §§ 1º E 4º, I, DO CP. FURTO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PELA PRÁTICA DO DELITO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A causa de aumento prevista no § 1º do artigo 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1658584/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017). (BRASIL, 2017u).

Com efeito, no julgamento do Recurso Especial n. 1.624.292/SC, além dos argumentos até então lançados para possibilitar a incidência da causa de aumento do furto noturno ao furto qualificado, justificou-se a coexistência desses dois institutos em virtude do desvalor da ação do agente, sendo mais reprovável a prática delitiva do agente que furta valendo-se de uma hipótese qualificada e durante o repouso noturno, do que aquele que valendo-se dessa mesma qualificadora, furta durante o dia. Segue transcrita a emenda desse acórdão:

RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE ESCALADA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I - As normas que estabelecem as qualificadoras do furto e a causa de aumento do repouso noturno são harmonizáveis, haja vista que o legislador tanto nas qualificadoras objetivas (§ 4º do art 155) como na referida causa de aumento apreciou e revalorou o desvalor da ação do agente, e não fez uma análise sob a ótica do desvalor do resultado. II - Numa graduação do injusto, é mais reprovável o delito de furto cometido, como in casu, mediante escalada e durante o repouso noturno (ocasião em que o bem jurídico tutelado tem menor vigilância por parte do dono ou possuidor) do que cometido no período diurno. Desta forma, em uma análise em concreto acerca da compatibilidade dos institutos, a norma estabelecida no § 4º e a do § 1º do art. 155 do CP são compatíveis entre si. Precedentes.

Recurso especial provido para reconhecer a incidência da causa de aumento do repouso noturno no crime de furto qualificado.

(REsp 1624292/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 28/04/2017) (BRASIL, 2017v).

Para melhor elucidar o caso, extrai-se, do corpo do julgado, as razões apresentadas pelo Excelso Ministro Relator Felix Fischer que assim discorreu:

Com efeito, após uma análise mais detida sobre a compatibilidade entre o furto qualificado e a majorante do repouso noturno, revejo o meu entendimento e conluo que ambas as normas são harmonizáveis, haja vista que o legislador tanto nas qualificadoras objetivas (§ 4º do art 155) como na referida causa de aumento apreciou e revalorou o desvalor da ação do agente, e não fez uma análise sob a ótica do desvalor do resultado. Dessarte, numa graduação do injusto, é mais reprovável o delito de furto cometido, como in casu, mediante escalada e durante o repouso noturno (ocasião em que o bem jurídico tutelado tem menor vigilância por parte do dono ou possuidor) do que cometido no período diurno. Desta forma, em uma análise em concreto acerca da compatibilidade dos institutos, a norma estabelecida no § 4º e a do § 1º do art. 155 do CP são compatíveis entre si.



Portanto, o argumento topográfico, em sentido contrário, não subsiste por si só. (BRASIL, 2017v).

Por fim, vale discorrer que essa mudança de entendimento foi de fundamental importância para embasar a mutação de posicionamento também no Supremo Tribunal Federal que afastou o critério topográfico da construção legislativa do delito do furto (artigo 155 do Código Penal), especialmente porque já foi decidido pelos Tribunais Superiores a possibilidade do reconhecimento do privilégio (artigo 155, § 2º, do Código Penal) no furto qualificado (artigo 155, § 4º, do Código Penal).

Nesse contexto, faz-se necessário esclarecer que, em que pese tenha sido procedida a busca de algum julgado da Suprema Corte brasileira, tanto no seu sítio oficial, como nas doutrinas e outros tribunais, não foi possível selecionar um acórdão sequer que tivesse por questão principal de análise da aplicação da majorante do furto noturno ao furto qualificado, abordando diretamente o entendimento da impossibilidade da harmonização desses dois institutos, restando averiguado a posição do Supremo Tribunal Federal, neste sentido, somente indiretamente ao discorrer que em não sendo utilizada a circunstância do furto praticado durante o repouso noturno como causa de aumento da pena nos furtos qualificados, pode-se utilizá-la como circunstância judicial desfavorável ao agente na fixação da pena-base, conforme vê-se:

Não tendo a prática de furto noturno constituído causa de aumento da pena, nada impede a sua utilização, como circunstância judicial, para exasperação da reprimenda correspondente ao delito qualificado pelo concurso de agentes (art. 155, § 4º, IV, do Código Penal). (HC 77289, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 18/08/1998, DJ 21-05-1999 PP-00003 EMENT VOL-01951-01 PP-00207). (BRASIL, 2017w).

Todavia, já no ano de 2016, por meio do Habeas Corpus n. 130.952/MG, o tema chegou como questão principal a ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal sob a pretensa ilegalidade da aplicação da majorante do furto noturno ao furto qualificado.

Nesse sentido, conforme já adiantado, os nobres Ministros do STF, valeram-se dos mesmos argumentos levantados pelos Ministros do STJ para julgar pela harmonização desses dois institutos, entendendo que o argumento da vedação desse aumento da pena ao furto qualificado, em razão do critério topográfico de construção do artigo 155 do Código Penal, não deve vigorar porquanto já restou

pacificada a compatibilidade do privilégio ao furto qualificado, devendo utilizar-se do mesmo entendimento para aplicar a majoração da pena em tela.

Ademais, entenderam que tanto as circunstâncias que ensejam a causa de aumento da pena prevista no § 1º, do artigo 155, do Código Penal (furto praticado à noite e desde que haja menor vigilância sobre os bens em decorrência do repouso da população local), como também as qualificadoras do furto são plenamente perpetráveis no mesmo caso concreto, portanto, podem ser utilizadas na individualização da pena dos réus. Segue a ementa do acórdão em análise:

Habeas corpus. Penal. Tentativa de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo (CP, art. 155, § 4º, I, c/c o art. 14, II). Condenação. Incidência da majorante do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) nas formas qualificadas do crime de furto (CP, art. 155, § 4º). Admissibilidade. Inexistência de vedação legal e de contradição lógica que possa obstar a convivência harmônica dos dois institutos quando perfeitamente compatíveis com a situação fática. Entendimento doutrinário e jurisprudencial. Ordem denegada. 1. Não convence a tese de que a majorante do repouso noturno seria incompatível com a forma qualificada do furto, a considerar, para tanto, que sua inserção pelo legislador antes das qualificadoras (critério topográfico) teria sido feita com intenção de não submetê-la às modalidades qualificadas do tipo penal incriminador. 2. Se assim fosse, também estaria obstado, pela concepção topográfica do Código Penal, o reconhecimento do instituto do privilégio (CP, art. 155, § 2º) no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º) -, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade desses dois institutos. 3. Inexistindo vedação legal e contradição lógica, nada obsta a convivência harmônica entre a causa de aumento de pena do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) e as qualificadoras do furto (CP, art. 155, § 4º) quando perfeitamente compatíveis com a situação fática. 4. Ordem denegada. (HC 130952, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2017 PUBLIC 20-02-2017) (BRASIL, 2017x).

Expressando seus argumentos, expostos na ementa, para justificar sua mudança de entendimento para decidir pela possibilidade de aplicação da majorante do furto praticado durante o repouso noturno aos casos de furto qualificado, sabedor do posicionamento da doutrina majoritária em sentido contrário, discorreu o Ministro Dias Toffoli, relator do referido acórdão, em seu voto:

O cerne da controvérsia submetida à discussão da Corte neste habeas corpus é saber se a causa de aumento de pena do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) incide ou não na forma qualificada do furto (CP, art. 155, § 4º). [...] Não há dúvidas, portanto, que prevalece, tanto em doutrinas clássicas quanto em doutrinas de concepção moderna, o entendimento de que essa majorante somente se aplica ao furto simples (CP, art. 155, caput), não incidindo sobre a forma qualificada (CP, art. 155, § 4º). Todavia não estou convencido de que a majorante do repouso noturno seria incompatível com a forma qualificada do furto, a considerar, para tanto, que a sua inserção pelo legislador antes das qualificadoras teria sido feita com a intenção de não submetê-la às modalidades qualificadas do tipo penal

incriminador. Se assim fosse, também estaria obstado, pela concepção topográfica do Código Penal, o reconhecimento do instituto do privilégio (CP, art. 155, § 2º) no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º). Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade desses dois institutos, sepultando, portanto, esse entendimento encampado por parte considerável da doutrina brasileira. [...] Sob a óptica desses conceitos, vamos admitir que dois indivíduos, agindo em concurso (§ 4º, IV), durante o repouso noturno (§ 1º), resolvam furtar a residência de terceira pessoa. Assim, após rompimento de obstáculo (§ 4º, I), ingressam clandestinamente em sua morada para subtrair bens a ela pertencentes. Pergunta-se: haveria nessa situação fática incompatibilidade entre a causa de aumento de pena do § 1º e as qualificadoras previstas nos incisos I e IV do § 4º? A resposta, a meu sentir, é negativa. Cuida-se de qualificadoras objetivas que concorrem com uma majorante também objetiva, de modo que não vislumbro contradição lógica que possa obstar a convivência harmônica entre a majorante do repouso noturno e o furto qualificado quando perfeitamente compatíveis com a situação fática, sem contar a inexistente vedação legal para tanto. (BRASIL, 2017x).

Não bastando, após pedir vista desse processo para análise, o ex-Ministro Teori Zavascki proferiu voto favorável aos argumentos lançados pelo Ministro relator ao se posicionar:

Essa linha de argumentação, considerando-se a posição topográfica dos dispositivos, não parece, por si só, suficiente a levar à conclusão de que essa aplicação é incompatível. Isso porque doutrina e jurisprudência são pacíficas em desconsiderar a localização da privilegiadora do § 2º do artigo 155 do CP, que vem antes das qualificadoras, para aplicá-la em concomitância ao furto qualificado (Súmula 511/STJ: “É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva”). Noutras palavras, caso a ordem desses dispositivos fosse realmente critério inflexível de interpretação, não seria legítimo o reconhecimento do furto qualificado privilegiado. Esse raciocínio impediria, também, a aplicação da privilegiadora disposta no § 1º do artigo 121 do Código Penal ao homicídio qualificado. E como se sabe, o Supremo Tribunal Federal não só entende que tal incidência é legítima, como tem o condão de afastar a hediondez do homicídio qualificado. (BRASIL, 2017x).

Portanto, o argumento fundamental no âmbito do Supremo Tribunal Federal, segue a mesma linha de raciocínio do Superior Tribunal de Justiça, para aplicação da majorante do furto praticado durante o repouso noturno ao furto qualificado, configurando-se, no mínimo, uma interpretação da norma prejudicial ao agente/réu, é a questão de que a topografia dos parágrafos do artigo 155 do Código Penal na construção do tipo penal pelo legislador, fazendo prever a causa de aumento no § 1º e as qualificadoras no § 4º, não veda a aplicação simultânea desses dois institutos ao mesmo fato, quando satisfeitos seus preceitos no caso concreto (circunstâncias objetivas), mas que só se justifica porque houve essa

mesma desconsideração para aplicar os privilégios previstos no § 2º, do artigo 155 do Código Penal às formas qualificadas no furto, o que é uma interpretação/analogia benéfica ao réu.

## 5. CONCLUSÃO

Como se buscou elucidar, o Direito Penal é um ramo do Direito de fundamental importância, pois é através deste que o Estado, utilizando-se de seu poder soberano e do uso exclusivo e legítimo da força, seleciona os comportamentos humanos mais perigosos ao bom convívio social da coletividade a ele vinculada, atribuindo-lhes o caráter de infrações penais, determinando as respectivas sanções que poderá aplicar aos que vierem a cometê-los, em sua grande maioria, restritivas da liberdade do agente delitivo.

Dessa forma, tendo em vista esse grande poder que foi conferido ao Estado e os grandes riscos à população, caso seja aplicado inadequadamente, surgiram diversos princípios penais de garantia, destinados à proteção dos indivíduos, garantindo as liberdades individuais dos cidadãos e limitando o poder punitivo estatal para aplicar-lhes sanções, evitando seu uso arbitrário, que se manifesta tanto no momento da criação das leis, prevendo as condutas criminosas, como também no de sua aplicação ao caso concreto.

Dentre esses princípios, o que obteve maior atenção no corrente trabalho, especialmente no primeiro capítulo, foi o princípio da legalidade, o qual é um dos princípios basilares do Direito Penal, que também encontra fundamento no princípio da dignidade humana, princípio reitor de um Estado Democrático de Direito, e encontra amparo legal no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal, enunciando que nenhuma conduta/omissão será considerada crime sem que haja previamente a sua prática uma lei que assim a defina, inclusive com sua cominação legal, concretizados através dos tipos penais.

Não bastasse, viu-se que essa lei que determina crimes e imputa sanções, em razão de sua severidade, só pode ser aquela criada, em sentido estrito e pelos representantes do povo, por ele legitimados, competindo aos integrantes Poder Legislativo, tendo em vista ser sua função típica a elaboração de normas, exprimindo a vontade da população, fazendo-se prever na lei os modelos de condutas vedados e suas sanções aos que, por ventura, vierem a praticá-las, o que denominam-se tipos penais.

Com efeito, enquanto cabe aos representantes do Poder Legislativo a previsão em lei das condutas abstratas consideradas crimes, compete ao Poder Judiciário analisar os casos concretos para verificar se estes se adequam às

condutas modelo legalmente previstas como crime e, somente se perfeitamente adequada, aplicar aos agentes transgressores da norma, a sanção correspondente, também nos limites legais.

Nesse contexto, surge uma vertente do princípio da legalidade que merece o maior destaque desse trabalho, que é a proibição da analogia *in malam partem* no Direito Penal, que prevê a impossibilidade de que os julgadores (intérpretes das leis) utilizem-se da integração das normas para prejudicar os agentes/réus, criando penalidades não previstas na lei, manifestas quando os julgadores aplicam uma norma incriminatória/sancionatória para punir o agente sem que sua conduta se amolde perfeitamente aos dispositivos legais em que incurso, ainda que guarde estreita semelhança com a conduta criminosa legalmente prevista, seja na imputação de um crime, seja na aplicação de alguma causa de aumento da pena ou circunstâncias agravantes.

No entanto, denotou-se que o uso da analogia, de acordo com a interpretação dos princípios penais de garantia, só é vedada quando a integração das normas for prejudicial ao agente (*in malam partem*), sendo perfeitamente possível a utilização da analogia quando favorável ao agente (*in bonam partem*).

Vale nesse ponto, salientar que, embora os magistrados e tribunais não possam criar novas leis penais (lei *strictu sensu*), estes, valendo-se do poder de interpretar as normas, utilizam-no para adaptarem o sentido da lei aplicado à realidade, exercendo, de certa forma, uma função criadora.

Nesse diapasão, observou-se, ainda no primeiro capítulo, que, por vezes, em virtude dessa ampla possibilidade de interpretação pelos magistrados das normas penais, conquanto não haja forma nem técnica específica de interpretação do sentido da lei, muitas vezes os limites interpretativos das normas taxativas são extrapolados, sendo que quando este limite é ultrapassado em prejuízo aos réus, ampliando-se os casos e as punições legalmente previstas e, conseqüentemente, aumentando o poder punitivo estatal, estar-se-á afrontando os princípios do garantismo penal, o princípio da legalidade e o princípio da vedação da analogia *in malam partem*.

Paralelo a este tópico, viu-se, no segundo capítulo, que o tipo penal previsto no artigo 155 do Código Penal, que disciplina o crime de furto, é muito complexo, tendo em vista que além da sua forma básica/fundamental prevista em seu *caput*, prevê em seus parágrafos (atualmente seis), causas de aumento e de

diminuição da pena, formas qualificadoras e disposições gerais/explicativas. Além disso, viu-se que cada um de seus mínimos tópicos, apresentam divergências de interpretação tanto em nível doutrinário como jurisprudencial.

Não bastasse, qualquer mudança do entendimento adotado para aplicações de seus dispositivos aos casos concretos apresentam grande relevância nacional, porquanto é um dos delitos de maior índice de cometimento no Brasil.

Da análise dos tipos penais, especialmente no delito do furto, pôde-se concluir que na sua construção legislativa, no *caput* de seu tipo, resta prevista a forma fundamental/básica de prática desse crime, com a descrição mais simples da conduta proibida, como acontece em todos os dispositivos que prescrevem crimes.

Ocorre que, logo após a previsão de sua forma basilar, são previstos na sequência do artigo 155 do Código Penal, em seus parágrafos primeiro e segundo, respectivamente, uma causa de aumento da pena, que é a prática do furto durante o período noturno, estipulando que a pena do furto será aumentada em um terço quando praticado nessa condição e, uma causa de diminuição da pena/privilégio, quando o furto for praticado por agente primário e a *res furtiva* for de pequeno valor, circunstâncias em que o juiz poderá, a seu critério, substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

Ademais, o legislador penal, tão somente no parágrafo quarto da construção do tipo penal em comento fez previsão de suas qualificadoras, estipulando determinadas circunstâncias que, caso verificadas no caso concreto, além das circunstâncias necessárias à prática do crime em sua forma simples, aumentam consideravelmente a pena abstrata mínima e máxima de punição do furto, passando-se da pena de reclusão de um a quatro anos, e multa do furto simples, para a pena de reclusão de dois a oito anos e multa.

Com isso, verificou-se que essas formas qualificadas do furto, embora sejam derivadas da forma simples, porquanto para que sejam tipificadas precisam que estejam presentes no caso concreto todas as elementares do furto básico, estipulam novas circunstâncias para sua incidência e, além disso, culminam novas penas mínima e máxima, caracterizando-se portanto novos tipos penais.

Assim, valendo-se desse entendimento, entendeu-se, da análise da forma em que foi construído o tipo penal do furto, capitulado no artigo 155 do Código Penal, que o legislador penal intencionalmente fez prever, na construção do tipo penal do furto a causa de aumento da pena do furto praticado durante o repouso

noturno em seu § 1º e, a causa de diminuição da pena em seu § 2º para que fossem aplicadas somente nos casos de furto simples, tendo em vista que fez previsão das formas qualificadas somente em seu § 4º (quando da criação do Código Penal), após estas hipóteses, na intenção de excluir dessas as referidas causa de aumento e de diminuição da pena, sendo, portanto, a posição topográfica de previsão desses dispositivos a forma que o legislador encontrou de fazer essa segregação e, caso interpretado, ao contrário, estar-se-ia violando o princípio da legalidade.

Num primeiro momento, não se pode afastar do exercício de interpretação da norma por seus intérpretes, dentre os mais variados meios de auferir sua extensão de aplicação, a interpretação que o legislador penal quis dar, quando de sua criação, valendo-se, racionalmente, das técnicas de formação legislativa para delimitar o sentido das normas que confeccionou.

Ocorre que, em determinado momento, verificou-se tanto na doutrina, como na jurisprudência, que é possível coexistirem, no mesmo caso, as circunstâncias objetivas para incidir tanto o privilégio quanto às formas qualificadas do furto. Não obstante ser o privilégio originalmente uma causa de diminuição da pena adstrita ao furto simples, utilizando-se do instituto da aplicação da analogia *in bonam partem*, tendo em vista que o furto qualificado, embora transcreva um novo tipo penal, com penas autônomas, guarda estrita semelhança com o furto simples, portanto tornando-se possível a aplicação dessa analogia para aplicar-lhe o privilégio, o que é plenamente exequível no Direito Penal, sendo atualmente, aplicado corretamente e de forma uníssona, esse entendimento nos Tribunais Superiores.

No entanto, viu-se no terceiro capítulo que esse novo entendimento de utilização da analogia *in bonam partem* para justificar o privilégio ao furto qualificado, foi equivocadamente utilizado para justificar uma possível aplicação da causa de aumento do furto praticado durante o repouso noturno ao furto em suas modalidades qualificadas, o que revela uma analogia *in malam partem*, amplamente vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

Isto porque, argumentou-se que não seria mais utilizável o entendimento de que a disposição topográfica da construção do tipo penal do furto seria óbice a coexistência desses institutos, seja para aplicar a majorante como a minorante da pena ao furto qualificado. No entanto isso não é verdade, pois, só se tornou possível a aplicação do privilégio do § 2º, do artigo 155, do Código Penal às modalidades



qualificadas do furto (artigo 155, § 4º, § 5º e § 6º, do Código Penal) em razão do uso da analogia benéfica ao agente, todavia, continua sendo vedada a utilização da majorante do furto noturno, prevista no § 1º, do artigo 155, do Código Penal, às referidas modalidades qualificadas, porquanto estas se revelam delitos autônomos, ao qual não está prevista esta causa de aumento. Sendo assim, sua utilização para aumentar a pena dos furtos qualificados só se daria com a utilização da analogia *in malam partem*, que restou mais do que evidente no presente trabalho que é amplamente proibida em matéria penal, como forma de garantia das liberdades individuais dos cidadãos contra o poder punitivo estatal.

Nesse ponto, não se pode valer-se do entendimento de que, em se fazendo presentes no caso concreto a incidência de circunstâncias objetivas previstas para tipos penais distintos, devem elas serem aplicadas concomitantemente a um só delito.

Em se adotando esse posicionamento, por exemplo, seria possível, aplicar uma causa de aumento da pena prevista exclusivamente para o delito de roubo ao crime de furto.

Desta forma ficou evidenciado, na corrente exposição, que está completamente vedada, no Direito Penal, a utilização da causa de aumento da pena do furto praticado durante o repouso noturno a fim de majorar a pena dos furtos qualificados, pois, manifesta gritante ofensa ao princípio da legalidade, basilar desse ramo do Direito, especialmente em sua vertente de proibição da analogia *in malam partem*.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Jeremy Lugros. 1. ed. São Paulo: Nilobook, 2013. Título original: Dei delitti e delle pene.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: parte especial, volume 3: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 10 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 1 jun. 2017a.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código penal brasileiro. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 1 jun. 2017b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 98.152/MG. Paciente: Diogo da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Recurso em Habeas Corpus n. 23.601 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de maio de 2009. **Pesquisa de Jurisprudência**. Brasília, 04 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595394>>. Acesso em: 2 out. 2017c.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 113.408/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Roberto José da Silva e Carlos Cesar Amâncio da Silva. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 06 de março de 1989. **Pesquisa de Jurisprudência**. Brasília, 23 de jun. 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=203941>>. Acesso em: 20 set. 2017d.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 96.843-1/MS. Paciente: Clemente Riquelme. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Habeas Corpus n. 94.411 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 24 de março de 2009. **Pesquisa de Jurisprudência**. Brasília, 24 abr. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589387>>. Acesso em: 25 set. 2017e.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 98.265/MS. Paciente: Marcos Paulo Arruda Sales. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 24 de março de 2010. **Pesquisa de Jurisprudência.** Brasília, 14 mai. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611023>>. Acesso em: 25 set. 2017f.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 115.225/DF. Recorrente: Defensoria Pública do Distrito Federal. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 12 de março de 2013. **Pesquisa de Jurisprudência.** Brasília, 16 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3649661>>. Acesso em: 25 set. 2017g.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 123.934/MG. Paciente: Maria Lúcia da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11 de novembro de 2014. **Pesquisa de Jurisprudência.** Brasília, 20 nov. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7290439>>. Acesso em: 25 set. 2017h.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 76.881/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Roberto José Alves. Relator: Ministro Feliz Fischer. Brasília, DF, 04 de março de 1997. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Brasília, 14 abr. 1997. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199500533944&dt\\_publicacao=14-04-1997&cod;\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500533944&dt_publicacao=14-04-1997&cod;_tipo_documento=>)>. Acesso em: 25 set. 2017i.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 932.844/RS. Agravante: Vitor Alberto Spielman. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2007. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Brasília, 10 mar. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=747352&num\\_registro=200700570808&data=20080310&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=747352&num_registro=200700570808&data=20080310&formato=PDF)>. Acesso em: 20 out. 2017j.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 157.684/SP. Paciente: Gustavo Henrique Amaro. Impetrante: Genival Torres Dantas Junior - Defensor Público. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Felix Fischer. Relator para Acórdão: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010. **Revista Eletrônica de Jurisprudência.** Brasília, 04 abr. 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=980792&num\\_registro=200902472034&data=20110404&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=980792&num_registro=200902472034&data=20110404&formato=PDF)>. Acesso em: 20 out. 2017k.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 842.425/RS. Embargante: Ronaldo dos Santos da Silva. Embargado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Og Fernandes.

Brasília, DF, 24 de agosto de 2011. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 02 set. 2011. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1084381&num\\_registro=200702338030&data=20110902&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1084381&num_registro=200702338030&data=20110902&formato=PDF)>.  
Acesso em: 20 out. 2017l.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.932/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Thiago dos Reis de Andrade. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 22 de agosto de 2012. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 28 ago. 2012. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1171771&num\\_registro=201000839365&data=20120828&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1171771&num_registro=201000839365&data=20120828&formato=PDF)>.  
Acesso em: 20 out. 2017m.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 511**. Brasília, DF, 11 de junho de 2014. Brasília, 16 de jun. 2014. Disponível em:  
<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27511%27\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27511%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em: 20 out. 2017n.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 10.240/RS. Paciente: Braulino Alexandre. Impetrante: Braulino Alexandre. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 21 de outubro de 1999. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 14 fev. 2000. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199900671597&dt\\_publicacao=14-02-2000&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900671597&dt_publicacao=14-02-2000&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 20 out. 2017o.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 940.245/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Gilberto Bernardi. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2007. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 10 mar. 2008. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=747231&num\\_registro=200700758231&data=20080310&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=747231&num_registro=200700758231&data=20080310&formato=PDF)>.  
Acesso em: 20 out. 2017p.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 131.391/MA. Pacientes: Carlos Fernando Mendonça Marinho e Olivian Campos Melo. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Maranhão. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, DF, 19 de agosto de 2010. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 06 set. 2010. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=996129&num\\_registro=200900475455&data=20100906&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=996129&num_registro=200900475455&data=20100906&formato=PDF)>.  
Acesso em: 20 out. 2017q.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 306.450/SP. Paciente: Celso de Jesus Manzoli. Impetrante: Celso de Jesus Manzoli. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2014. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 17 dez. 2014. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1372590&num\\_registro=201402606122&data=20141217&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1372590&num_registro=201402606122&data=20141217&formato=PDF)>.  
Acesso em: 25 set. 2017r.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 741.482/MG. Agravante: Hector Marcelo de Araújo Rocha. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 08 de setembro de 2015. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 14 set. 2015. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1440297&num\\_registro=201501656190&data=20150914&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1440297&num_registro=201501656190&data=20150914&formato=PDF)>.  
Acesso em: 20 out. 2017s.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.619.811/MG. Agravantes: Paulo Ricardo Cruz e Reginaldo Rosa de Jesus. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2017. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 02 mar. 2017. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575300&num\\_registro=201602129682&data=20170302&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575300&num_registro=201602129682&data=20170302&formato=PDF)>.  
Acesso em: 20 out. 2017t.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.658.584/MG. Agravante: Franssuar Heleno Teixeira Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 25 de abril de 2017. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 03 maio 2017. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1594742&num\\_registro=201700512245&data=20170503&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1594742&num_registro=201700512245&data=20170503&formato=PDF)>.  
Acesso em: 20 out. 2017u.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.624.292/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Jayson Dias. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 18 de abril de 2017. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 28 abr. 2017. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1591072&num\\_registro=201602343198&data=20170428&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1591072&num_registro=201602343198&data=20170428&formato=PDF)>.  
Acesso em: 20 out. 2017v.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 77.289-5/MS. Paciente: Izequiel de Souza. Impetrante: Denise da Silva Viégas. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 18 de agosto de 1998. **Pesquisa de Jurisprudência**. Brasília, 21 maio 1999. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77227>>.  
Acesso em: 20 out. 2017w.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 130.952/MG. Paciente: Hector Marcelo de Araújo Rocha. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 13 de

dezembro de 2016. **Pesquisa de Jurisprudência**. Brasília, 17 fev. 2017. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12437852>>.

Acesso em: 20 out. 2017x.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial, arts. 121 a 212. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte especial (arts. 121 a 183). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos Crimes contra o Patrimônio**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 9. (Coleção Sinopses Jurídicas).

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2014a. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 11 ed., rev., ampl. e atual. Niterói/RJ: Impetus, 2014b. v. 3.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: arts. 155 ao 196. 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, v. 7.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Penal**: arts. 1º ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Maria Patricia. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez. 2010.

MARQUES, Jader. Crise de substância do princípio da legalidade: o caráter hermenêutico da tipicidade penal. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, RS, v. 11, n. 48, p. 91-112, mar. 2013.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais**: parte especial do direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUNIZ, Larissa Mendes de Oliveira; SILVA, Thainã Kelly Bezerra da. Princípios penais e sua conformidade com a constituição de 1988. In: Gustavo Ferreira Santos; Marcelo Labanca Corrêa de Araújo; Ivna Cavalcanti Feliciano. (Org.). **Direito em dinâmica: 25 anos da constituição de 1988**. Recife: Instituto Frei Caneca, 2014.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Direito penal**: parte especial: arts. 121 a 183: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Atlas, 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa; dos crimes contra o patrimônio. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Código penal comentado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial - arts. 121 a 249. 11 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PUIG, Santiago Mir. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Tradução por Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Título original: Derecho penal: parte general.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Furto, roubo e receptação**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. São Paulo: Saraiva, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.