

CONCURSO DE AGENTES NOS CRIMES DE FURTO E ROUBO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

CLÁUDIO DA SILVA LEIRIA

Promotor de Justiça no RS

e-mail: claudiroleiria@hotmail.com

Resumo: No presente artigo, demonstra-se a impossibilidade jurídica de aplicar-se ao furto praticado em concurso de agentes o percentual de aumento previsto para o roubo cometido em idêntica circunstância.

Palavras-chave: Furto. Roubo. Concurso. Agentes. Proporcionalidade.

Sumário

1. Introdução. 2. Princípio da proporcionalidade. 3. O argumento da analogia. 4. O fator ideológico. 5. A título de conclusão. 6. Abstract. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O delito de furto, na forma simples, possui penas de 01 a 04 anos de reclusão e multa. Se for cometido mediante concurso de duas ou mais pessoas (forma qualificada - art. 155, § 4º, inciso IV, do CP) o apenamento irá variar entre 02 e 08 anos de reclusão, além de continuar a haver a previsão da pena de multa.

Já o crime de roubo, na forma simples, tem penas de 04 a 10 anos de reclusão e multa (art. 157, *caput*, do CP). Em havendo o concurso de duas ou mais pessoas (art. 157, § 2º, inciso II, do CP), a pena reclusiva aumentará de um terço até à metade.

A partir do ano de 2000, com base em acórdão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS, muitos doutrinadores e órgãos do Poder Judiciário vêm sustentando que, se no concurso de agentes no crime de roubo a pena é majorada entre 1/3 e 1/2, somente, não poderia a pena de furto cometido em idêntica situação ser duplicada em relação à modalidade simples.

Dito tudo em outras palavras: aplicar-se-ia ao furto cometido mediante concurso de dois ou mais agentes (partindo-se do apenamento do tipo simples) o aumento de 1/3 a 1/2 previsto para o roubo praticado em concurso de pessoas.

Os defensores de tal tese dizem que a circunstância do concurso de pessoas teve tratamento desproporcional em relação ao crime de furto, se comparado ao roubo, no que tange à pena em abstrato. Teria ocorrido violação do princípio da proporcionalidade.

No presente texto, pretende demonstrar-se o equívoco de tal posicionamento (ditado mais por ideologia que pelo uso correto da razão), que, a pretexto de corrigir uma suposta desproporcionalidade, acaba criando outras, bem reais.

Em acréscimo, se constatará quão falacioso é o argumento de utilização da analogia para aplicar-se ao furto por concurso de agentes o percentual de majoração do roubo cometido nessa circunstância.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A corrente que defende a aplicação ao furto qualificado pelo concurso de agentes do percentual de aumento de pena do roubo majorado por igual circunstância escora-se no voto do Desembargador Amílton Bueno de Carvalho, do TJRS, no julgamento da apelação-crime n.º 70000284455 em 02.02.2000, no qual se seguiu o parecer do Procurador de Justiça Lenio Luiz Streck:

“Tanto no furto como no roubo, o concurso de agentes qualifica: no primeiro, a pena dobra; no segundo, a pena fica acrescida de um terço. Ora, no furto a presença de mais de uma pessoa não coloca em risco a integridade física da vítima, e, sim, facilita o agir subtraente; já no roubo, a presença de mais pessoas coloca em risco sobretudo a integridade física da vítima. Não obstante isso, o Código Penal valoriza mais a coisa (propriedade privada) que a vida/integridade física. Por isso, é necessário fazer uma (re)leitura constitucional do tipo penal do furto qualificado (por concurso de pessoas) à luz do princípio da proporcionalidade, que é insito e imanente à Constituição Federal.

“Não se está a propor aqui – e até seria despiciendo alertar para este fato – que o Judiciário venha a legislar, modificando o teor do dispositivo do Código Penal, que estabelece a duplicação da pena nos casos de furto qualificado por concurso de pessoas. Na verdade, trata-se, nada mais nada menos, do que elaborar uma releitura das leis sob o parâmetro da devida proporcionalidade prevista na Constituição Federal. O mecanismo apto para tal é o da interpretação conforme à Constituição, que se originou da Alemanha, que vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal já há mais de dez anos.

“Ou seja, o texto da lei (CP) permanece com sua literalidade; entretanto, a norma, fruto da interpretação, é que exsurgiria redefinida em conformidade com a Constituição. Desse modo, analogicamente, o aumento de pena decorrente do concurso de pessoas (circunstância especial de aumento de pena) do roubo (art. 157, § 2º, inciso II), que é de 1/3 até a metade, torna-se aplicável ao furto qualificado por concurso de agentes.”

Com todo o respeito que se possa ter ao eminente Desembargador Amílton Bueno de Carvalho e ao Procurador de Justiça Lenio Luiz Streck, o primeiro claramente identificado com o movimento de ‘Direito Alternativo’, a tese vazada no trecho do voto acima transcrito é bastante falha e não guarda consistência lógica. Ao invés de prestigiar o princípio da proporcionalidade, a tese o fere de maneira muito profunda.

Em primeiro lugar, por se constituírem o furto e o roubo em crimes de espécies diferentes, não há falar em quebra dos princípios da isonomia e proporcionalidade.

Furto e roubo são crimes do mesmo gênero – delitos contra o patrimônio - mas de espécies diferentes. No primeiro, a violência é dirigida contra a coisa; já no segundo, a violência visa à pessoa, e integra o próprio tipo penal.

E é por essa razão que a jurisprudência, via de regra, não aceita a continuidade delitiva entre furto e roubo, conforme ilustram os seguintes julgados:

‘RECURSO ESPECIAL PENAL. ROUBO. FURTO. CRIMES DE ESPÉCIES DIVERSAS. CONTINUIDADE DELITIVA. INOCORRÊNCIA.

*Para a configuração do 'delictum continuatum', na moldura do artigo 71, do Código Penal, além da pluralidade de ações e do nexu temporal e circunstancial quanto ao local e ao modo de execução, exige-se a comprovação da unidade de desígnios. **O roubo e o furto, embora do mesmo gênero, são crimes de espécies diferentes, o que afasta a idéia de continuidade delitiva para o enquadramento como 'concursum delictorum realis'** (CP, art. 69). Recurso especial não conhecido' (Resp 163.658/RS, Rel. Min Vicente Leal, in DJ 14/2/2000)'.*

*'PENAL. FURTO. ROUBO. CONTINUIDADE DELITIVA. INOCORRÊNCIA. Reconhecendo-se que o furto e o roubo não são crimes da mesma espécie, embora de igual natureza, descabe admitir-se a continuidade delitiva. **Como se vê, ao conhecer a ficto juris da continuidade delitiva entre os delitos de furto e roubo, o acórdão afastou-se da jurisprudência consolidada desta Corte.**'*

Assim, quando o agente incorre no delito de furto, presente o concurso de agentes, deve sofrer apenamento mais severo que a majoração imposta ao roubo.

E nisso não vai nenhum exagero ou desproporcionalidade por parte do legislador.

Com efeito, o furto qualificado é apenado com observância dos limites prefixados pelo legislador no tipo derivado, já que, na 'modalidade' simples (pena de 1 a 4 anos de reclusão), o rigor da norma penal mostra-se menor. O roubo, considerando-se sua forma consumada, já possui parâmetros de fixação de pena maiores do que aqueles previstos para o crime de furto quando existentes qualificadoras a serem ponderadas.

Ora, se aplicado o aumento de apenas 1/3, previsto para o roubo ao furto qualificado, este último delito teria apenamento semelhante a sua forma simples, o que, fora de dúvida, acarretaria ofensa ao princípio da proporcionalidade.

A pena do roubo já é consideravelmente elevada - 04 a 10 anos de reclusão. Assim, plenamente aceitável um percentual menor de aumento - de 1/3 até 1/2 - em relação ao furto simples, que possui apenamento bem menor - 01 a 04 anos de reclusão -, o que justifica a causa de aumento maior quando o delito for cometido na sua forma qualificada - 02 a 08 anos de reclusão.

O legislador sabiamente quis evitar que o crime de roubo qualificado pelo concurso de agentes atingisse um quantitativo exagerado e injusto. Se se partisse da exasperação pela qualificadora do furto, o roubo por concurso de pessoas teria pena entre 08 e 20 anos de reclusão, o que, evidentemente, é desproporcional, pois seria maior do que à cominada ao homicídio simples.

No julgamento da apelação-crime n.º 70000284455, aderindo aos argumentos de Amílton Bueno de Carvalho, o Desembargador Aramis Nassif agregou que '*...é de pensar que a ação do agente quando pratica um furto e, para sua consumação mais fácil e segura, busca apoio em cúmplices, o faz para sua garantia, ou seja, para sustentar, sem violência contra a pessoa, o cometimento do delito ou assegurar sua fuga. Já no roubo, o concurso de agentes é destinado à maior submissão ou subjugação da vítima. É característica da violência ou grave ameaça a intenção intimidatória que, pela presença de mais de um autor, é mais abrangente e, via de conseqüência, mais grave. Pode ser dito, assim, que o concurso de agentes no furto é exatamente o contrário o do roubo, vez que aquele, existente para garantia do agente, poupa e preserva a vítima. Neste, ao contrário, destina-se a ampliar a violência ou grave ameaça e, assim, submeter a vítima com maior facilidade*'.

Salvo melhor juízo, o raciocínio acima, tentando justificar o voto de Amílton Bueno

¹ Resp. n.º 241989, Sexta Turma, Ministro Fontes de Alencar, julgado em 09/10/2001, publicado em 04/02/2002, página 0584.

de Carvalho, paradoxalmente desnuda suas contradições. **O patrimônio – objeto da tutela penal dos tipos de furto e roubo – estará correndo um risco muito maior de subtração no furto mediante concurso de agentes.**

Com efeito, ao inverso do roubo, no furto não haverá para os agentes qualquer necessidade de subjugar uma vítima, que, eventualmente, poderia: a) matá-los; b) afugentá-los; c) ludibriá-los; d) dominá-los; e) conseguir chamar a polícia; f) demovê-los do intento criminoso.

No furto, portanto, não haverá uma vítima de quem se possa esperar uma reação que frustrará a subtração. Assim, o risco maior ao patrimônio, existente no furto em razão do concurso de agentes, justifica que o apenamento parta de dois anos de reclusão.

Argumentos tais como os ventilados pelo Desembargador Aramis Nassif, mencionados retro, são magistralmente rebatidos por MÔNICA REGINA COUTINHO ROLLA TOLEDO²:

“Temos que a maior exasperação da pena, na hipótese de furto em concurso de agentes, deve-se à maior influência que esta circunstância determina em relação a tal tipo penal de delito.

*“Em ambos os tipos normativos, diga-se, seja no tipo do delito de furto, bem assim no tipo do crime de roubo, o bem jurídico tutelado é o patrimônio. Daí, porque, as circunstâncias que cercam o fato descrito pela norma devem ser analisadas sob a ótica de sua maior ou menor relevância na perspectiva da violação do patrimônio alheio. **O fator concurso de pessoas, em relação à conduta de quem pratica um delito de furto, representa uma ameaça muito maior ao patrimônio que a lei visa proteger que, a mesma circunstância, em relação à conduta do autor de um delito de roubo.***

*“Ora, no caso de roubo, o sujeito ativo, na busca do patrimônio alheio, tem ‘em seu favor’ a violência e/ou a grave ameaça. **Por conta disso, o fator concurso de pessoas terá um significado menor na consecução da subtração, quando constatado no crime do art. 157 (roubo), que sua observância no delito do art. 155 (furto).***

“É certo que o indivíduo que se coloca a subtrair coisa alheia móvel melhor chance terá de lograr êxito em seu intento se puder contar com o auxílio e a participação de um ou mais comparsas. Porém, se esse mesmo indivíduo dispõe de outro recurso, tal como a violência ou a grave ameaça, pode-se afirmar que o auxílio desses um ou mais comparsas certamente não terá a mesma influência sobre sua conduta, da que se verifica na hipótese em que a subtração é exercida sem violência ou grave ameaça.

“Trata-se, portanto, de um mesmo fator que tem importância distinta em cada um dos casos, isto é, em cada uma das espécies de delito.

“In casu, o legislador não se valeu de ‘dois pesos e duas medidas’, de forma a violar o princípio da igualdade ou seu corolário (princípio da proporcionalidade). O que se tem, na verdade, são tratamentos distintos para hipóteses diferentes.”

O legislador, como dito, quis tratamento diferenciado para os delitos previstos nos

² Disponível em <http://www.sindimp.com.br/lerartigo.asp?cod=38>, acesso em 24.01.2007

tipos penais do artigo 155, parágrafo 4º, incisos I a IV e do artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, ambos do Código Penal, pois tratam-se de situações diversas.

Não se olvide que a própria Constituição delegou ao legislador ordinário a fixação de parâmetros para individualização da pena – art. 5º, XLVI, da CF/88.

Nesse ponto, apropriada menção à lição de LUCIANO FELDENS³:

“...qual a razão para buscar-se uma paridade de tratamento entre os delitos de furto e roubo? Quais os traços que os unem, a ponto de autorizarem o juiz a imiscuir-se, sob o manto da proporcionalidade, no delicado território da liberdade de configuração do legislador? Parece que o único denominador comum utilizado é assaz genérico: reporta-se ao fato de ambos serem (espécies distintas de) crimes contra o patrimônio.

“Ora, se o argumento é esse, o sistema está condenado à ruptura. Afinal, se uma discrepância primária autoriza à promoção desse arrastão normativo’, indaga-se: por que, então, não simplesmente deixar de aplicar o aumento de um a dois terços ao roubo, uma vez que tanto o latrocínio (art. 157, § 3º, do CP) como a extorsão mediante seqüestro, que lhe são mais graves, sequer contemplam hipótese de agravamento especial de pena tais circunstâncias (o art. 159 do CP apenas o faz em relação ao delito quando praticado por bando ou quadrilha)?

Não pode o juiz substituir o legislador sob pena de instauração da tirania judicial.

A vontade da lei é soberana, a ela devendo curvarem-se os magistrados, independentemente de suas convicções ideológicas.

É atentatório à democracia os juízes considerarem inconstitucionais normas legais que, no seu subjetivismo, reputam injustas ou inadequadas. O legislador não está sempre obrigado a adotar a solução que os juízes reputam mais convenientes ou mais de acordo com suas benévolas noções de ‘direito penal moderno’.

Obviamente, não se nega que exista desproporção entre os apenamentos previstos para vários tipos penais.

A título de exemplo pode-se mencionar os seguintes: um delito de lesões corporais leves culposas na direção de veículo automotor (art. 303 da Lei n.º 9.503/97) é punido com mais severidade do que a lesão dolosa nas mesmas condições (art. 129, ‘caput’, do CP); o latrocínio (matar para roubar) tem pena superior (20 a 30 anos de reclusão) a que receberá aquele que mata o pai para receber a herança – homicídio qualificado pelo motivo torpe (12 a 30 anos de reclusão); e o furto simples possui pena maior do que à reservada à lesão corporal leve, parecendo indicar que nossa integridade física vale menos do que nosso patrimônio.

No entanto, a solução passa por correções legislativas, sob pena de subversão total do sistema de tipificação penal.

3. O ARGUMENTO DA ANALOGIA

Não há se falar em interpretação analógica para aplicar-se ao furto qualificado pelo concurso de agentes o percentual de aumento do roubo praticado nas mesmas condições.

Para que haja a chamada interpretação analógica é necessário, primeiro, que haja uma lacuna na lei e, segundo, semelhança fática entre as situações comparadas.

E tal não ocorre, face a expressa previsão legal do tipo penal (art. 155, § 4º, inciso

³ Luciano. A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 201.

IV, do CP), e pela ausência de similitude fática (como visto, em que pesem serem do mesmo gênero, os delitos de furto e roubo diferem na espécie).

Então, aplicar o percentual de aumento da majorante do roubo ao furto qualificado mediante concurso de agentes é desvirtuar totalmente o instituto da analogia.

Como bem refere NORBERTO BOBBIO⁴, *entende-se por analogia o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante...é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras conseqüências.*

Segundo FERNANDO CAPEZ⁵, analogia consiste em aplicar-se a uma hipótese não regulada por lei disposição relativa a um caso semelhante. **Na analogia, o fato não é regido por qualquer norma e, por essa razão, aplica-se uma de caso análogo.**

Já de acordo com o magistério de MIRABETE, a analogia

*“...também contemplada no art. 4º da LICC, é uma forma de auto-integração da lei. Na lacuna desta, aplica-se ao fato não regulado expressamente pela norma jurídica um dispositivo que disciplina hipótese semelhante. Diante do princípio da legalidade do crime e da pena, pelo qual não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei (item 2.1.1), é inadmissível o emprego da analogia para **criar ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais**. Nada impede, entretanto, a aplicação da analogia às normas não incriminadoras quando se vise, na lacuna evidente da lei, favorecer a situação do réu por um princípio de equidade. Há, no caso, a chamada “analogia **in bonam partem**”, que não contraria o princípio da reserva legal, podendo ser utilizada diante do disposto no já citado art. 4º da LICC. Ressalta-se, porém que só podem ser supridas as **lacunas legais involuntárias**; onde uma regra legal tenha caráter definitivo não há lugar para a analogia, ou seja, não há possibilidade de sua aplicação **contra legem**”.*

Concluiu-se, então, que no furto e roubo cometidos mediante concurso de pessoas não há situações semelhantes. De um lado, tem-se uma qualificadora, que é uma circunstância que integra o tipo penal⁷ e incide já na primeira fase da fixação da pena. De outro, tem-se uma causa de aumento de pena, **que não integra o tipo penal**, exaspera a pena provisória de acordo com parâmetros já preestabelecidos e incide unicamente na terceira fase da fixação do apenamento.

Oportuno lembrar que a argumentação de Amílton/Streck representa negativa do fenômeno da subsunção e inequívoca quebra do princípio da legalidade: **“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”**

Ora, não se pode, em nenhum grau de jurisdição, aplicar a reprimenda estatal de forma contrária ou diferente do previsto no ordenamento jurídico.

Ainda, conforme bem destacado pelo Ministro Gilson Dipp no julgamento do REsp 844.688-RS, em 08.08.2006, **‘...como não existe paralelismo entre os incisos I, II e III do § 4º do art. 155 com os demais incisos do § 2º do art. 157, a fórmula aplicada**

⁴ Teoria do ordenamento jurídico. 5ª edição, 1994, pp. 151-153.

⁵ Curso de Direito Penal. Parte Geral, vol. I, 7ª edição, 2004. São Paulo: Editora Saraiva, PP. 36-37.

⁶ Manual de Direito Penal. São Paulo: Editora Atlas S/A, 20ª ed., p. 47.

⁷ Na verdade, a qualificadora é um tipo penal autônomo.

resultaria numa reprimenda diferenciada para indivíduos que cometem furto qualificado naquelas circunstâncias, o que é inconcebível’.

Com efeito, o legislador, nas quatro hipóteses do § 4º do artigo 155 do CP entendeu que a gravidade das condutas mereciam reprimendas idênticas.

Assim, valendo-se de critérios extremamente razoáveis equiparou o apenamento de furtos: a) cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo; b) com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; e, c) mediante o emprego de chave falsa.

A ‘proporcionalidade’ pregada por Amílton Bueno de Carvalho e Lenio Luiz Streck gera teratóide, já que o furto qualificado pelo concurso de agentes seria apenado menos gravemente do que aqueles furtos praticados com rompimento de obstáculo, abuso de confiança, fraude, escalada, destreza e emprego de chave falsa, o que, fora de dúvida, não era a intenção do legislador.

Ainda, se se procedesse ao aumento do furto pelo concurso de agentes em 1/3, no mínimo, obter-se-ia pena equivalente ao do furto praticado durante o repouso noturno, o qual, segundo um critério de individualização, o legislador quis apenar com menos rigor que as formas qualificadas de furto.

Sob a pretensão de corrigir um equívoco do sistema, criam-se vários outros. Clássico caso em que ‘a emenda sai pior que o soneto’.

Quem defende a aplicação ao furto cometido pelo concurso de agentes do percentual da majorante do roubo nas mesmas condições, esqueceu a vetusta, mas atual, lição de CARLOS MAXIMILIANO:

‘Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem à séria objeção em sentido contrário. Portanto, se entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por jurisconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso de sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada⁸’.

Está sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, corte de unificação do entendimento sobre a legislação infraconstitucional, o posicionamento de que é inaplicável o percentual de aumento do roubo majorado pelo concurso de agentes ao furto praticado nessas mesmas condições:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. VIOLAÇÃO AO ART. 155, § 4º, INC. IV, DO CÓDIGO PENAL RECONHECIDA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA PARA O ROUBO PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTES. INADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. RECURSO PROVIDO. 1. O estatuto repressivo prevê como qualificado o furto cometido por dois ou mais agentes, estabelecendo, no § 4º do art. 155 do Código Penal, a pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos como limite à resposta penal. 2. Fere o referido dispositivo legal o decisum que, em nome dos princípios da proporcionalidade e da isonomia, aplica ao furto qualificado o aumento de pena previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal, haja vista que, em obediência ao princípio da reserva legal, não cabe ao julgador criar figuras delitivas ou aplicar penas que o

⁸ Hermenêutica e aplicação do direito. 19ª edição, 2005. Rio de Janeiro: Editora Forense, P. 251.

Legislador não haja determinado. 3. (...). (Recurso Especial nº 737280/RS (2005/0048135-4), 5ª Turma do STJ, Rel. Arnaldo Esteves Lima. j. 06.12.2005, unânime, DJ 03.04.2006).”

“CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. TENTATIVA. INOCORRÊNCIA. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. CONCURSO DE PESSOAS. MAJORANTE DO CRIME DE ROUBO. APLICAÇÃO AO FURTO QUALIFICADO PELA MESMA CIRCUNSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE DA MENORIDADE. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. RECURSO PROVIDO. I. O delito de furto - assim como o de roubo - consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. II. Viola o princípio da legalidade a aplicação da majorante do crime de roubo, resultante do concurso de pessoas, ao crime de furto qualificado pela mesma circunstância. III. Tendo o Tribunal a quo, apesar de reconhecer a presença da circunstância qualificadora do crime de furto, recorrido aos princípios da proporcionalidade e da isonomia para aplicar dispositivo legal estranho ao fato, assume papel reservado pela Constituição Federal ao parlamento. IV, V (...) VI. Recurso provido para afastar a incidência do art. 14, II, do Código Penal e a aplicação da majorante do roubo ao furto qualificado, bem como a fixação da pena abaixo do mínimo legalmente previsto. VII. Remessa dos autos ao Tribunal a quo para redimensionamento da pena. (STJ - REsp 798760 - RS - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 14.03.2006).”

“Penal. Recurso Especial. Furto qualificado. Concurso de pessoas. Aplicação analógica da causa de aumento de pena previsto para o roubo. Inadmissibilidade. Recurso Especial provido. Havendo previsão normativa de qualificado ao crime de furto praticado em concurso de pessoas (CP, art. 155, § 4º, IV), inadmissível a aplicação, por analogia, da norma do art. 157, § 2º, II, que trata de causa de aumento de pena no crime de roubo praticado em concurso de agentes” (RESP 842.962/RS, Rel. Paulo Medina, j. 20.09.2006).

No mesmo sentido o REsp 702844/RS - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 13.06.2005 p. 341); REsp 752581 - RS - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 19.09.2005, p.380); Recurso Especial 70.2891/RS, 5ª Turma do STJ, j. 29.08.2005; STJ - REsp 778813 - RS - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 01.02.2006, p. 606); REsp 810818 - RS - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJ 08.05.2006, p. 292); REsp 810811 - RS - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJ 08.05.2006, p. 292); Resp 846.978 - RS, j. 20.09.2006.

4. O FATOR IDEOLÓGICO

Como se fez referência acima, é pacífico no Superior Tribunal de Justiça o posicionamento de não aplicar-se ao furto cometido mediante concurso de agentes o percentual do aumento do roubo majorado pela mesma circunstância.

Então por que expressiva parcela de juízes e desembargadores dos tribunais estaduais não seguem esse precedente, acarretando uma pletora de recursos do Ministério Público ao Superior Tribunal de Justiça?

A resposta é simples: a maior parte dos magistrados, cegados por uma visão sociológica irrealista das causas da criminalidade, sempre tentam amenizar a situação dos delinqüentes, criando e adotando teses de exculpação do criminoso, vendo-o exclusivamente como vítima de uma sociedade injusta. Acreditam na quimera de que os criminosos não são fruto de uma índole pervertida que necessita ser afastada do mal pelo temor da punição, mas 'pobres vítimas' da necessidade e que, quando a sociedade tornar-se mais igualitária e justa, o crime desaparecerá.

Essa visão equivocada tem remota paternidade: Jean Jacques Rousseau, para quem todos os homens possuem índole naturalmente boa. Quem já não ouviu a célebre frase: 'O homem nasce bom, a sociedade é que o corrompe'?

Assim, nessa linha, quando um homem comete um delito, as causas da conduta deveriam ser perquiridas em fatores externos a ele: ora a culpa é das desigualdades econômicas e sociais, ora de leis injustas, ora das instituições. Conseqüência inarredável disso seria que os 'pobres' assaltantes, estupradores, assassinos e outros delinqüentes terríveis não são responsáveis pelos seus atos, de forma que deveríamos destinar a eles o amor e carinho devidos às vítimas e nos exprobrarmos por compormos a sociedade de que eles são vítimas.

Os adeptos dessa utópica corrente de pensamento apregoam que existe relação determinística entre as condições socioeconômicas do criminoso e a infração, excluindo a intervenção do livre-arbítrio.

É claro que não se nega que condições sociais adversas não são plenamente adequadas para o exercício do livre-arbítrio. Mas não há como negar a existência do livre-arbítrio, já que a imensa maioria dos despossuídos não resvalou para os fáceis caminhos do crime, mantendo, ainda, seu respeito à vida e à propriedade de terceiros.

Como destacou o jurista VOLNEY CORRÊA JÚNIOR:

"Equacionando o problema em termos simples: a miséria predispõe ao crime, mas não o engendra mecanicamente. O livre-arbítrio é o fator determinante. Para a grande maioria das pessoas, é o fator de sublimação (em linguagem psicanalítica) da predisposição negativa. Para inexpressiva minoria, é o fator de renição, de submissão, de sujeição às solicitações do meio socioeconômico"⁹.

Ora, chega a ser acaciano dizer que milhões de pessoas no Brasil tiveram oportunidades sociais idênticas ou inferiores a muitos delinqüentes, e nem por isso praticaram ilícitos penais.

Infelizmente, os juízes, sob o pretexto de interpretar a lei, arvoram-se na condição de legisladores, julgando incidentalmente inconstitucionais os textos legais que consideram inadequados ou inconvenientes, tornando, assim, caótica a legislação penal brasileira. Esse 'humanismo' dos juízes é de mão única – voltado exclusivamente para a proteção do delinqüente – ficando esquecido totalmente que a pena também serve para a prevenção e reprovação do crime.

5. A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Certamente é importante que os magistrados, nas suas sentenças e julgados, além de por meio de seus órgãos de representação de classe, façam as críticas que entenderem necessárias como contribuição ao aperfeiçoamento da nossa legislação penal.

⁹ Crime e Castigo – Reflexões politicamente incorretas. Campinas: Editora Millennium, 2ª edição, 2002, p. 34.

No entanto, se tentarem, de uma hora para outra, resolver todos os problemas existentes na legislação penal, usurpando a função do legislador, o sistema estaria condenado ao caos. O direito penal se transformaria, de um conjunto de normas de proteção e segurança jurídica, em um amontoado de regras sujeitas à subjetividade e ao arbítrio de cada juiz, tudo resultando em imenso desprestígio ao Poder Judiciário.

A solução do problema passa por uma reforma legislativa, hierarquizando-se os valores constitucionalmente protegidos, e preservando-se o princípio da tripartição dos Poderes.

6. ABSTRACT.

In the present article, legal impossibility is demonstrated to it to apply it the aggravated larceny practised in conspiracy the percentage of increase foreseen for the robbery committed in identical circumstance.

7. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 5ª edição, 1994. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral, vol. I, 7ª edição, 2004. São Paulo: Editora Saraiva.

FELDENS, Luciano. A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de Moraes, e DIP, Ricardo. Crime e Castigo – Reflexões politicamente incorretas. Campinas: Editora Millennium, 2ª edição, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19ª edição, 2005. Rio de Janeiro: Editora Forense.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. São Paulo: Editora Atlas S/A, 20ª ed.

TOLEDO, Mônica Regina Coutinho Rolla. Furto mediante concurso de pessoas: de furto qualificado a furto simples? Disponível em <http://www.sindimp.com.br/lerartigo.asp?cod=38>, acesso em 24.01.2007.