

RECEBIDO EM: 18/10/2017

APROVADO EM: 02/01/2018

A VIAS DE FATO COMO ELEMENTAR DO CRIME DE ROUBO E OS DESVIOS DO STF

***THE AGGRESSION IN THE BODY AS ELEMENTARY OF
THE ROBBERY CRIME AND THE ERRORS OF THE STF***

Hélio Luiz Fonseca Moreira

Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Pará

*Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Pará. Professor Associado de
Direito Penal do Instituto de Ciências Jurídicas/UFPA, com experiência nas áreas de
Direito Penal, Direito Processual Penal e Sociologia.*

Fátima Cristtina da Costa Pessoa

Doutora em Estudos Linguísticos pelo PosLin/UFMG

*Professora Associada de Língua Portuguesa da Faculdade de Letras/UFPA –
Campus Belém e docente do PPGL/UFPA.*

Raimundo Wilson Gama Raiol

*Doutor em Direito pelo PPGD/UFPA. Professor Associado de Direito Penal da
Faculdade de Direito/UFPA - Campus Belém*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Resumo do Caso; 1.1 Apelo ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Tj/Mg); 2 A Vias de Fato como Elementar do Crime de Roubo; 2.1 As Vias de Fato como Conduta Concomitante Meio; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa o enunciado proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do *habeas corpus* nº 107.147/MG, relatado pela Ministra Rosa Weber, que reiterou o entendimento segundo o qual a Vias de fato consubstancia uma circunstância elementar do crime de roubo na modalidade violência a pessoa. A análise desse enunciado será fundada em um processo de desconstrução e reconstrução do entendimento com a finalidade de produzir novo entendimento sobre a questão abordada, tendo como referência o conceito de conduta, elaborado por Hans Welzel. No desenvolvimento do artigo será demonstrado que em suas reiteradas decisões os tribunais superiores cometeram um grave equívoco na abordagem da questão, isto é, deslocaram análise de uma contravenção finalisticamente situada no plano analítico das condutas concomitantes meios, integradas ao conceito de dolo, para recolocá-la no plano da circunstância elementar configuradora do crime de roubo.

PALAVRAS-CHAVE: Conduta Dolosa. Roubo. Furto. Vias de Fato. STF.

ABSTRACT: This article analyzes the sentence prepared in the First Class of the Federal Supreme Court (STF) in the judgment of *habeas corpus* nº 107.147 / MG, written by Judge Rosa Weber. She reiterated the understanding that aggression in the body constitutes an elementary circumstance of the crime of robbery in the form of violence of the person. The decision analysis will be based on a process of deconstruction and reconstruction this understanding with the objective of producing a new understanding on the research question addressed, having as reference the concept of conduct, elaborated by Hans Welzel. in the development of the article it will be demonstrated that in its repeated decisions, the superior courts wrong in the approach of the question, where the aggression in the body should be analyzed in the analytical plan of the concept of dolo, conceived as conduct parallel conscious integrated the purpose of the crime of *Robbery*.

KEYWORDS: Dolous Conduct. *Robbery*. Theft. Aggression in the Body. STF.

INTRODUÇÃO

O presente artigo resulta da experiência de pesquisa desenvolvida nos últimos dois anos no grupo de pesquisa “Linguagem, trabalho e práticas discursivas no campo jurídico”, registrado no Diretório do CNPq, com o objetivo de desenvolver estudos de natureza interdisciplinar relacionado à abordagem das práticas discursivas desenvolvidas no campo jurídico-penal, tomando por unidade de análise os inquéritos policiais, os processos penais e os enunciados proferidos no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF).

O objetivo principal do presente artigo é abordar o enunciado proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento de um *habeas corpus*, qual seja, o HC 107.147/MG, relatado pela Min. Rosa Weber, que reiterou o entendimento consolidado nos tribunais superiores, segundo o qual a contravenção Vias de fato consubstancia a circunstância elementar do crime de roubo, descrita no art. 157 do Código Penal Brasileiro (CP), como violência a pessoa¹. Portanto, consoante esse entendimento, afasta-se a imputação do crime de furto, quando a conduta conscientemente dirigida a subtração da coisa alheia móvel é realizada mediante vias de fato.

No desenvolvimento desse trabalho demonstrar-se-á que, em suas reiteradas decisões, os tribunais superiores cometeram um grave equívoco na abordagem da questão, isto é, deslocaram análise de uma contravenção finalisticamente situada no plano analítico das condutas concomitantes meios, integradas ao conceito de dolo, para recolocá-la no plano da circunstância elementar configuradora do crime de roubo. Por meio dessa operação, preenche-se inadequadamente o sentido atribuído à expressão “violência a pessoa”, descrita no art. 157 do CP, ao mesmo tempo em que se oculta as condições de produção desse mesmo sentido. Dessa forma, o crime de furto é convertido em crime de roubo, o que produz uma série de consequências desfavoráveis ao condenado, tais como a supressão do direito subjetivo de ser sentenciado pela prática do crime de furto, cuja pena é inferior.

Embora haja diferença expressiva entre as penas cominadas aos crimes de furto e ao roubo, cuja imputação gera graves consequências para o condenado, a análise da decisão não será centrada na pena, visto que teoricamente a questão deve ser resolvida com base no conceito de

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 107.147/MG*. Primeira Turma. Relatora: Ministra: Rosa Weber. Minas Gerais, 27 de abril de 2012. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21555857/habeas-corpus-hc-107147-mg-stf/inteiro-teor-110375714?ref=juris-tabs>.

Acesso em: 26 nov. 2016.

dolo, uma vez que, nesse contexto, a Vias de fato configura-se como uma conduta concomitante meio, finalisticamente integrada ao crime de furto, mantendo com essa uma relação consuntiva.

Este trabalho foi realizado essencialmente por meio da revisão da literatura escrita sobre o tema, bem como na leitura da teoria finalista, adotada no Código Penal Brasileiro. Assim, concluiu-se que a contravenção penal vias de fato configura uma conduta concomitante meio, integrada ao crime de furto, cuja consequência jurídica é o esvaziamento de seu conteúdo penal, mediante a aplicação do princípio da consunção, conforme será demonstrado.

A escolha do referido *habeas corpus* justifica-se em razão da temática abordada no presente trabalho. Assim, com base na concepção de conduta elaborada por Welzel², articulada ao recurso dos mapas conceituais³, vislumbra-se a necessidade de (re)discutir o entendimento já entificado nos tribunais brasileiros. Isso porque os precedentes e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) configuram-se como enunciados prescritivos, expressos por meio de uma linguagem diretiva, consubstanciada em uma *ratio decidendi* que influencia o trabalho desenvolvido por juízes monocráticos e desembargadores, situados, respectivamente, nas varas criminais e nos tribunais de justiça estaduais e federais.

Consoante Didier Jr⁴, a *ratio decidendi* constitui o fundamento normativo determinante do qual se deduz a validade da decisão prolatada no julgamento de um caso particular. Ocorre, porém, que sua reiteração a desvincula do caso particular julgado. Assim, ela se estabiliza no ordenamento jurídico como uma norma geral e abstrata, apta a desenvolver atividade normativa nos casos análogos. Para esse autor, jurisprudência configura-se, então, quando diversos casos passam a ser julgados com base na mesma *ratio decidendi*, construída em um caso particular, mas capaz de produzir efeitos jurídicos transcendentais.

Os enunciados do STF e STJ configuram enunciados prescritivos, expressos por meio de uma linguagem diretiva, que influenciam o trabalho

2 WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 2. ed.

Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Estudios de filosofia del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2006.

3 NOVAK, Joseph Donald. *Learning, Creating, and Using Knowledge: Concept Maps as Facilitative Tools in Schools and Corporations*. 2. ed. Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, 2010. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

4 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. v. 3, Salvador, JusPodivm, 2016.

desenvolvido por juízes e desembargadores situados nas instâncias inferiores da organização judiciária brasileira. Assim, os conflitos entre as decisões jurisdicionais são também conflitos de interpretações dos textos legais, resolvidos com base no critério da hierarquia institucional que confere validade⁵ aos enunciados prolatados pelos órgãos situados na instância superior. Esses enunciados declaram um entendimento válido sobre determinados temas controversos, tais como ocorre na compreensão do conceito de tentativa nos crimes de furto, roubo e latrocínio, quando não há a posse desviada da coisa subtraída⁶, a aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública⁷, bem como na concepção das vias de fato como circunstância elementar que converte o crime furto para o crime roubo⁸.

A atuação jurisdicional que não contraria a decisão dos tribunais superiores conduz a uma dependência institucionalizada e ao mesmo tempo limita a capacidade de decisão dos juízes que negligenciam os elementos arrolados durante uma instrução processual de um caso concreto e singular para apoiar-se na lei geral dos tribunais superiores como suporte indispensável às suas decisões situadas em um plano jurisdicional inferior. Sendo assim, renormalizações dessa ordem no contexto do trabalho jurídico no âmbito dos processos penais pode comprometer o princípio da independência que deve caracterizar a atuação jurisdicional, bem como conduzir silenciosamente a transformações na legislação que regulamenta a aplicação da lei em casos concretos de condutas sociais condenáveis.

No contexto do trabalho no campo jurídico, a jurisprudência configura-se como o conjunto das decisões dos tribunais no exercício da interpretação e aplicação das leis, representa, portanto, a visão dos tribunais, em determinado momento, sobre as questões legais levadas a julgamento. No cotidiano do trabalho, a prática discursiva da jurisprudência serve de orientação para a tomada de decisões por desembargadores, juízes, promotores e defensores na

5 A compreensão da jurisprudência como fundamento de validade das decisões judiciais, tendo como referência a articulação entre a cultura, a linguagem, em perspectiva pragmática, e o direito foi abordada por Sergio Monteiro Cupertino de Castro, em sua dissertação de mestrado "A Jurisprudência como Fundamento de Validade das Decisões Judiciais" defendida em 2012, no Programa de Pós-graduação em Direito/Mestrado em Direito Processual/Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas/ UFES. Disponível em: <http://portais4.ufes.br/postrad/teses/tese_3503_S%E9rgio%20Cupertino_Disserta%E7%E3o.pdf> . Acesso em: 21/11/2015.

Nesse sentido: STJ - HC: 302820/DF 2014/0218900-9, T5, DJe: 04/11/2014; STJ - HC 222888/MG, T5, DJe 02/02/2015; Súmula 582-STJ, Súmula 610-STF, entre outros.

6 Nesse sentido: STJ - HC: 302820/DF 2014/0218900-9, T5, DJe: 04/11/2014; STJ - HC 222888/MG, T5, DJe 02/02/2015; Súmula 582-STJ, Súmula 610-STF, entre outros.

7 Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1275835/SC; T5; Rel.: Min. Adilson Vieira Macabu; j.: 11/10/2011.

8 Nesse sentido: STF - HC: 98710/RS, DJe: 10/05/2011; STJ - REsp: 1524450/RJ 2015/0073105-7, DJe 29/10/2015; entre outros.

sua atuação em processos penais, visando, a princípio, à uniformização das decisões judiciais e, assim, conferindo coerência e harmonia ao ordenamento jurídico, por meio de decisões expressas em enunciados que produzem a vinculação entre as instituições judiciárias no plano nacional. No entanto, deve-se considerar que, se o exercício da jurisprudência orienta a atuação dos sujeitos do trabalho no campo jurídico do Direito Penal, ela pode contribuir também para consolidar a rotinização e alienação nesse contexto de trabalho, à medida que juízes, promotores e defensores aderem a esses enunciados no curso de todo e qualquer processo penal e os consideram exclusivamente os saberes instituídos para o exercício do Direito.

Consoante YIN⁹, o estudo de caso, assim como outros tipos de pesquisa, caracteriza-se pela investigação de um fenômeno contemporâneo situado em um dado contexto da vida real que possibilita o desenvolvimento de um estudo interativo entre o pesquisador e sua unidade de observação. Na esfera do Direito Penal é perfeitamente admissível o desenvolvimento de um estudo nesses moldes, tendo como referência a relação entre o direito abstrato e sua aplicação em um caso concreto, julgado em dado contexto social. Ademais, deve-se observar que sua utilização é de grande relevância, particularmente entre os acadêmicos de Direito, quando os mesmos são confrontados com situações complexas que exigem a ressignificação dos sentidos entificados nas decisões judiciais proferidas tanto nos juízos singulares quanto nos tribunais brasileiros que não dimensionam a dinâmica do instituto, ou do fenômeno jurídico analisado¹⁰.

Estudos dessa natureza se justificam porque ao analisar sistematicamente enunciados prescritivos, expressos por meio de uma linguagem diretiva, que influencia o trabalho desenvolvido por juízes monocráticos e desembargadores situados, respectivamente, nas varas criminais e nos tribunais de justiça estaduais e federais aproximam o pesquisador da configuração que assume o direito ao se realizar no plano da concreção. Dessa forma, os resultados do estudo poderão ser empregados para revisão da realidade analisada.

Portanto, a abordagem do enunciado proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento de um *habeas corpus* n.º 107.147/MG, faz-se relevante a medida que possibilita a análise de um contexto da vida real em que o direito ganha vida no plano da concreção, pois trabalha com enfoque diferente do método hipotético-dedutivo, tradicionalmente

9 YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001. p. 30.

10 No mesmo sentido é o entendimento de VENTURI & GLITZ (2014, p. 128-137) ao abordarem a importância do estudo de caso para a reformulação do ensino jurídico no Brasil.

utilizado nas aulas de Direito Penal ministradas nas instituições de ensino brasileiras, em que o estudo se baseia na abstração normativista.

A análise desse enunciado fundar-se-á em um processo de desconstrução e reconstrução do entendimento, com a finalidade de produzir novo entendimento sobre a questão abordada. A abordagem desse enunciado se faz relevante, visto que constitui uma decisão judicial inadequada, que interfere praticamente na vida do condenado, e que é reiterada incessantemente tanto nas decisões monocráticas quanto nas colegiadas proferidas nos órgãos do judiciário brasileiro¹¹.

Para tornar a tornar mais evidente a tese sustentada no desenvolvimento do artigo, utilizou-se, complementarmente, o recurso dos mapas conceituais Novak¹². Com o uso desse recurso foi possível expressar graficamente o conceito dolo, dimensionando o seu alcance teórico e potencial analítico para conceber a Vias de fato como conduta concomitante meio, integrada à vontade conscientemente dirigida a realização de um tipo penal determinado, qual seja, o furto. Os mapas conceituais são diagramas de significados que representam relações significativas entre conceitos na forma de proposições, constituídas com base na relação entre dois ou mais conceitos unidos por conectivos para compor uma unidade semântica, com a finalidade de explorar as relações existentes entre as ideias, definir similitudes e diferenças operativas para reconciliar as discrepâncias aparentes ou reais¹³. Tem como principal objetivo evidenciar os significados imputados aos conceitos e às relações que se estabelecem entre eles no quadro conceitual de um campo do conhecimento, ou do conteúdo de uma disciplina como o Direito Penal.

1 RESUMO DO CASO

O HC 107.147/MG, relatado pela Min. Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal (STF), foi impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Anderson Viana Martins, contra o acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que dera provimento ao recurso especial

-
- 11 Com o desenvolvimento deste estudo não se pretende realizar generalizações abstratas, mas demonstrar pontualmente os equívocos que circulam nas práticas cotidianas desenvolvidas por juízes, desembargadores e ministros no judiciário brasileiro. Sobre as contribuições, vantagens e limites do estudo de caso como recurso de pesquisa científica consultar GOODE e HATT (1975, p. 420-435)
 - 12 NOVAK, Joseph Donald. Learning, Creating, and Using Knowledge: Concept Maps as Facilitative Tools in Schools and Corporations. 2. ed. Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, 2010. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: nov. 2014.
 - 13 NOVAK, Joseph D., GOWIN, D. Bob. *Aprender a aprender*. 2. ed. Lisboa: Plátano Edições Técnicas, 1999. p. 31. Disponível em: <www.ir.nmu.org.ua>

interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o REsp. n.º 1.158.851/MG. Consta nos autos que o paciente foi denunciado pela prática do crime de roubo, consoante disposto no art. 157 do CP, por ter subtraído, mediante violência, uma corrente que a vítima Dulce Nunes Conrado usava no pescoço. De acordo com a denúncia, os fatos ocorreram em uma rua do centro de Belo Horizonte/MG, onde a vítima estava parada, momento em que o denunciado avançou em seu pescoço, apropriando-se do *res* furtiva.

Em razão da denúncia, o acusado foi condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no art. 157 do CPB.

1.1 APELO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJ/MG)

A turma da 1ª Câmara Criminal do TJ/MG, por maioria de votos, deu provimento à apelação defensiva (ACrim. n.º 1.0024.07.579779-5/001), relatada pelo Des. Judimar Biber, e desclassificou o crime de roubo para furto, tipificado no art. 155 do CP, fixando a pena em 02 (dois) anos de reclusão, no regime aberto, mantendo aquela pena de multa, inclusive, quanto ao seu quantitativo.

Em suas razões, o relator arguiu que o simples puxão da corrente que a vítima usava no pescoço, por si só, não é suficiente para configurar a violência necessária a tipificação de crime de roubo, uma vez que a violência foi praticada somente contra a *res* furtiva, no caso a corrente que a vítima usava, vindo a pessoa a ser atingida apenas com o reflexo da conduta praticada pelo apelante.

O Ministério Público de Minas Gerais insurgiu-se contra essa decisão e interpôs o Recurso Especial n.º 1.158.851/MG, julgado pela Quinta Turma do STJ, sob relatoria da Ministra Laurita Vaz, a qual deu provimento ao recurso e restabeleceu a sentença prolatada no Juízo singular. Dessa decisão originou-se o *Habeas Corpus* n.º 107147/MG, ora em análise.

A decisão proferida no STJ foi mantida pelo STF. Para fundar doutrinariamente sua decisão a Min. Rosa Weber se utilizou da “exata lição” de Guilherme Nucci nos seguintes termos:

Na exata lição de Guilherme de Souza Nucci, “qualquer tipo de violência incidente sobre a pessoa humana, com a finalidade de levar-lhe os

pertences, configura o roubo, e não um simples furto. Ainda que a violência seja exercida sobre a coisa, se de algum modo atingir a pessoa (lesionando-a ou não), existe roubo. O tipo penal do furto é bem claro, prevendo conduta livre de qualquer violência (uso de força ou coação) contra a pessoa humana, enquanto o tipo do roubo inclui tal figura. (...) A violência não tem graus ou espécies: estando presente, transforma o crime patrimonial do art. 155 para o previsto no art. 157” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 755)¹⁴.

Para fortalecer o arcabouço jurídico de sua decisão a Relatora recorreu a jurisprudência do próprio STF, adotando como referência os julgados dos Habeas corpus n.º 100.857¹⁵ e n.º 75.110¹⁶ relatados, respectivamente, pelos ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio de Melo.

Por fim, a Ministra considerou “acertada a subsunção da conduta do paciente às penas do art. 157 do Código Penal, não havendo falar em desclassificação da conduta para o crime de furto, diante da violência sofrida pela vítima”. Em síntese, esses são os fatos.

2 A VIAS DE FATO COMO ELEMENTAR DO CRIME DE ROUBO

O crime e as contravenção são categorias que se diferenciam pela gravidade da lesão que produzem aos bens juridicamente tutelados pelo Direito Penal, bem como pelas penas aplicadas. A contravenção configura uma infração penal de menor gravidade que ao ser comparada com o crime enseja punição menos rigorosa, tais como ocorre, por exemplo, como na diferenciação entre a Vias de fato e o crime de lesão corporal leve tipificada no *caput* do art. 129 do CPB.

A diferença básica entre vias de fato e lesões corporais é a ofensa à integridade física da vítima, que uma vez atestada por meio laudo pericial

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º n.º 107.147/MG*. Primeira Turma. Relatora: Ministra: Rosa Weber. Minas Gerais, 27 de abril de 2012. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21555857/habeas-corpus-hc-107147-mg-stf/inteiro-teor-110375714?ref=juris-tabs> Acesso em: 26 nov. 2016. Às fls. 3/4 do voto da Relatora.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 100.857*. Segunda Turma Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 04/06/2010.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 75.110*. Segunda Turma Relator: Ministro Marco Aurélio, rel. p. acórdão Min. Maurício Corrêa, 01/08/1997.

configura o crime, caso contrário configurar-se-á a contravenção que por não apresentar gravidade dispensa a exigência do laudo pericial¹⁷.

As vias de fato estão dispostas no artigo 21 do Decreto 3.688/41¹⁸, mais conhecido como Lei das Contravenções Penais. São concebidas como infração penal que ofende a incolumidade física, consubstanciada na ação agressiva conscientemente dirigida contra a pessoa, mas que não produz ofensa à integridade física ou a saúde de alguém, tais como o empurrar alguém, puxar-lhe cabelo, rasgar-lhe a roupa, desferir-lhe pontapé, ou arremessar-lhe objetos que resultam tão somente em dor ou eritemas.

As vias de fato têm como elemento subjetivo o dolo. Configuram-se como espécie de infração residual, subsidiária, cuja punição só é admissível quando a conduta praticada pelo agente não constitui crime, uma vez que a contravenção é absorvida pelo crime, com base no princípio da subsidiariedade, como ocorre, por exemplo, com as lesões corporais tipificadas no art. 129, do CP¹⁹, e na Violação de domicílio prevista no art. 150, §1º, do CP²⁰.

Considerando-se que, nessa contravenção, a natureza das agressões não chega a ofender a integridade física da vítima, a prova pericial é dispensável, consoante decisões disseminadas nos tribunais brasileiros²¹. Nesse sentido, Greco²² observa que a subtração de coisa alheia móvel realizada por meio de empurrões, arrebatamentos ou outros atos que configurem a simples vias de fato não são suficientes para configurar o crime de roubo, visto que não geram lesões corporais à vítima. Ademais, segundo o autor, nesses tipos de condutas a ação é finalisticamente dirigida a subtração do bem. Portanto, a imputação mais adequada é o crime de furto. Dessa forma, é injustificável o aumento da pena nos níveis em que são majoradas quando o furto é convertido em roubo, considerando-se essa contravenção como elementar do crime de roubo.

Nesse passo, como demonstração de que as vias de fato devem ser afastadas como elementos integrantes da definição do crime de roubo,

17 PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal - Parte Geral* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 199.

18 Art. 21 - Praticar vias de fato contra alguém:

Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, se o fato não constitui crime.

19 Nesse sentido: STJ - (6ª T.) - HC 333672 - RJ - Rel.: Min^a. Maria Thereza de Assis Moura - J. 15/10/2015 - DJ 05/11/2015.

20 Idem.

21 Nesse sentido: TJPE - Apelação 0011291-18.2010.8.17.0480 - Rel.: Des(a). Antônio de Melo e Lima - J. em 21/05/2014 - DJ 28/05/2014

22 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume III. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

leve-se em conta a manifestação de Greco²³, que propõe, com inspiração nas lições garantistas de Ferrajoli, a abolição das contravenções penais.

Ora, a partir desse ensinamento, se há proposição de que as contravenções penais, em função de sua menos valia, por não acarretarem ofensividade relevante ou até mesmo irrelevante, a ponto de essa constatação servir de respaldo à invocação do princípio da intervenção mínima do Estado no campo contravençional, com muito mais razão não podem as vias de fato, enquanto contravenção penal, preponderar como componentes da definição legal do crime de roubo, nos moldes do art. 157 do CP, donde a derivação conclusiva de que a subtração de coisa alheia móvel acompanhada do lance fático em que haja vias de fato (empurrões, sacudidelas, puxões, tapas etc.) não pode se caracterizar como crime de roubo, quando muito como crime de furto, no qual não se exige qualquer dose de violência contra a vítima.

A pena do crime imposta a prática do crime de furto é reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Por sua vez, a pena imposta ao crime de roubo é reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. A simples observação das respectivas penas demonstra que a diferença entre os limites mínimo e máximo oscilam entre 3 (três) e 6 (seis) anos de reclusão, nas cominações punitivas a essas duas figuras delituosas, respectivamente. Em contraste a essa previsão punitiva, a pena da Vias de fato é prisão simples que varia entre de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, se o fato não constitui crime.

Ocorre, porém, que o STF e STJ pacificaram o entendimento segundo o qual, para caracterizar o roubo mediante a violência a pessoa, basta a “*simples ocorrência de Vias de fato, sendo desnecessário a ocorrência de lesão corporal*”²⁴.

STF - HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA. VIAS DE FATO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. Configura-se o crime de roubo quando a subtração do bem é cometida mediante violência ou grave ameaça. Impossibilidade de desclassificação para o crime de furto. *É desnecessário que a violência física perpetrada cause dano à integridade corporal da vítima, sendo suficiente, para a caracterização do*

23 GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

24 No mesmo sentido: STF - HC: 98710 RS, Relator: Min. Joaquim Barbosa, J.: 26/04/2011, 2 T, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00073.

*roubo, imposição de força física, material ou simples vias de fato*²⁵ capazes de minar a possibilidade de resistência à subtração do bem. *Precedentes.* Habeas corpus denegado. (STF - HC: 107147 MG, Relator: Min. Rosa Weber, J.: 17/04/2012, 1T, DJe-085 DIVULG 02-05-2012 PUBLIC 03-05-2012)

STJ - PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. ARREBATAMENTO DA COISA. AMEAÇAS VERBAIS. SUPERIORIDADE DE SUJEITOS ATIVOS. VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA CONFIGURADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que o *arrebatamento de coisa presa ao corpo da vítima que comprometa ou ameace sua integridade física, configurando vias de fato*²⁶, bem como a prolação de ameaças verbais e a superioridade de sujeitos ativos, são suficientes para a caracterização das elementares da violência e da grave ameaça, e, em consequência, do crime de roubo.

(...). (STJ - AgRg no AREsp: 256213 ES 2012/0241126-7, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, J.: 28/05/2013, T5 - Dj: 10/06/2013)

Segundo essa ótica jurisprudencial, portanto, a aludida contravenção consubstancia uma circunstância elementar do crime de roubo. Essa enunciação entificada nos tribunais brasileiros sobre o qual não se tem debatido adequadamente, vale dizer o furto é convertido em roubo por meio da enunciação de uma verdade normativa superiormente instituída e reiterada pelo STJ e ratificada pelo STF em diversos julgados. Essa decisão viola o princípio da legalidade, à medida que amplia o alcance ontológico do crime de roubo e suprime o direito subjetivo do agente ser sentenciado pelo crime de furto, consoante será demonstrado.

2.1 AS VIAS DE FATO COMO CONDUTA CONCOMITANTE MEIO

A conduta constitui uma realidade que não transcende a consciência e a vontade das pessoas, visto que, na forma como ela imediatamente se apresenta, subjazem elementos internos e externos ao indivíduo,

25 Grifo nosso.

26 Grifo nosso.

consubstanciados na diversidade de acontecimentos que envolvem a prática de um crime. Consoante Welzel²⁷, os homens agem ou deixam de agir conscientemente orientados para fins determinados e a satisfação da vontade. Assim, a conduta dolosa é concebida como ação ou omissão ontologicamente ordenada, dotada de sentido jurídico-penal que se realiza como um processo de consciência dos efeitos causais da ação finalista. Nessa perspectiva, a vontade está na base da conduta dolosa, constituindo-se em elemento psicológico integrado a esta.

Ontologicamente não há como separar a conduta de seu elemento volitivo e finalístico, razão pela qual a tipicidade não se esgota na simples conexão causal entre a conduta e o resultado, visto que sua configuração transcende no conteúdo naturalista do nexos causal descrito no art. 13 do CPB. Portanto no percurso de um crime se inscrevem diferentes sentidos subjetivos que revelam uma série de conexões entre a conduta típica, as condutas concomitantes (meio e subsidiárias), a consciência da conduta e a finalidade inscrita no conteúdo da vontade do agente que a pratica todas relacionadas ao tipo penal determinado, cuja regularidade pode ser compreendida por meio da valoração racional dessas conexões, observando-se se a conduta é orientada subjetivamente, de modo estritamente racional, com uso dos meios adequados para alcançar os fins claramente propostos²⁸.

Dessa forma, a valoração da conexão de sentidos inscritos na conduta provida de consciência e vontade dirigida à produção de um tipo penal determinado, no contexto em que é praticada, configura o meio ideal para definir a conduta típica, em sua forma consumada ou tentada, bem como para dimensionar o alcance da tipicidade em oposição à excludente de tipicidade. Isso porque, concretamente, o dolo só pode se realizar em um tipo penal determinado.

Para Welzel²⁹ a vontade final integra-se à conduta e a valoração de seu conteúdo estende-se aos meios empregados pelo agente para realizar o tipo penal determinado os quais devem ser idôneos, às condutas concomitantes (meio e subsidiárias) e à propriedade material do objeto do tipo descrito na norma penal, conforme se observa no mapa 1.

No percurso de um crime se inscrevem diferentes sentidos subjetivos que revelam uma série de conexões entre a conduta, a consciência da conduta e a finalidade inscrita na vontade do agente que a pratica, todas relacionadas

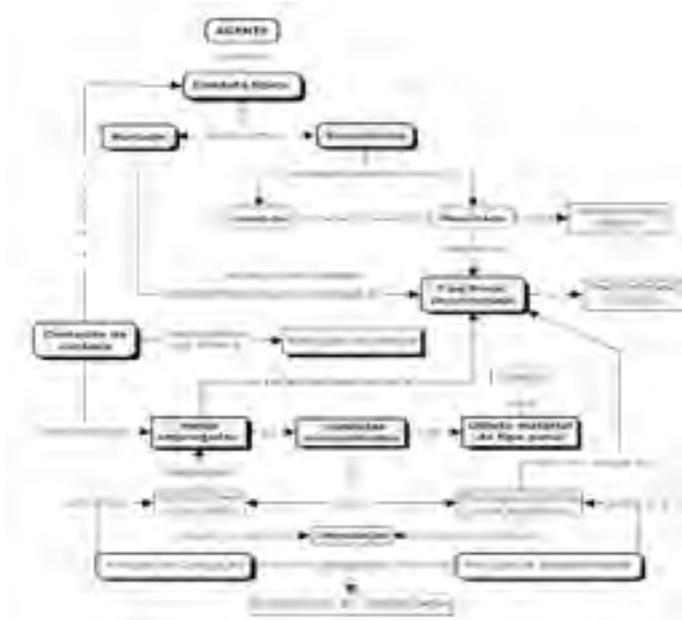
27 WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 2. ed. p. 33/34.

28 Idem.

29 WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2006.

ao tipo penal determinado, cuja regularidade pode ser compreendida, por meio da valoração racional dessas conexões. Assim, compreender a conexão de sentido que orienta uma dada conduta criminosa é observar se a conduta é orientada subjetivamente, de modo estritamente racional, conforme meios empregados, que são considerados como adequados para alcançar os fins propostos, os quais também, por sua vez, são claros.

Mapa 1 – Conduta dolosa – crimes materiais consumados



Fonte: mapa elaborado por Hélio Moreira

Conforme se observa no mapa 1, nos crimes materiais consumados a estrutura do dolo direto é bem simples, pois prescinde de quaisquer operações recursivas fictas para sua restauração como corre, por exemplo, no dolo geral, no erro sobre a pessoa e no erro na execução. A conduta dolosa apresenta as seguintes proposições:

- 1) O agente pratica a conduta agindo com consciência da relação conectiva entre a conduta e o resultado descrito em um tipo penal determinado, tornando-o objetivamente previsível, que produz a tipicidade objetiva, cuja natureza é causal.
- 2) Há nexos causal entre a conduta e o resultado descrito no tipo penal determinado;

- 3) O agente pratica a conduta agindo com a vontade conscientemente dirigida à finalidade de realizar um tipo penal determinado, corporificado em um resultado, tornando-o subjetivamente previsível, produzindo-se assim a tipicidade subjetiva, cuja natureza é finalista.
- 4) O conteúdo da vontade integra a conduta, constituindo-se como a base valorativa que define o tipo penal sua forma tentada, ou consumada. Dessa forma o resultado é irrelevante para a tipificação da conduta praticada pelo agente.
- 5) O conteúdo da vontade se estende à finalidade da conduta, aos meios empregados na realização do tipo penal, ao seu objeto material, bem como às condutas concomitantes integradas aos meios empregados na realização do tipo penal, ou ao objeto do tipo que deve ser próprio.

Partindo desses pressupostos, para haver tipicidade não basta o agente praticar uma conduta conscientemente dirigida a realização de um tipo penal determinado, pois considerando-se que o conteúdo da vontade se estende aos meios empregados pelo agente na realização de sua vontade, bem como às condutas concomitantes, ao praticar a conduta típica o agente deve empregar meios eficazes, objetivamente capazes de realizar o tipo penal determinado, caso contrário se estará ante hipótese do crime impossível, por absoluta ineficácia do meio, consoante disposição do art. 17, do CPB.

Consoante Welzel³⁰, a base valorativa sobre a qual se soergue a tipificação de uma conduta em sua forma tentada ou consumada não é o resultado físico por ela produzido, mas fundamentalmente o conteúdo da vontade inscrito na conduta do agente no momento em que a pratica. Portanto, a tentativa não se reduz a um simples processo causal que uma vez acionado não foi capaz de concretizar o tipo penal determinado, tais como ocorre no crime impossível de consumir-se no por absoluta ineficácia do meio ou absoluta impropriedade material do objeto. Ela se configura como uma conduta voluntária e racionalmente dirigida à produção de um resultado previamente determinado, cuja inoccorrência é independente da vontade do agente.

Faz-se relevante observar que, embora o artigo 18, I do CPB faça referência ao resultado, característica dos crimes materiais, concebendo-o como lesão ao bem jurídico tutelado, ele é irrelevante para a configuração

30 WELZEL, op. cit.

do dolo³¹. Logo, o resultado é importante tão somente para definir o crime em sua forma tentada ou consumada. Dessa forma, a diferença ontológica entre a Tentativa, prevista no art. 14, II, e o Crime Impossível, previsto no art. 17, ambos do CPB, é tecnicamente resolvida na estrutura conceitual do dolo, centrada na valoração da (in)adequação dos meios empregados, bem como na (im)propriedade material do objeto do tipo penal.

Para ilustrar o mapa 1, imagine-se que, no dia 01 de janeiro, por volta das 08 horas, Luís se dirigiu a residência de Pedro e alugou um revólver, calibre 38, ao valor de R\$ 350,00, com a finalidade de matar Carlos, seu desafeto. Por volta das dezenove horas, Luís se dirigiu a residência de Carlos e o matou com dois tiros disparados contra a cabeça da vítima. Em seguida, evadiu-se do local do crime. No dia seguinte, por volta das dez horas, Luís retornou à residência de Pedro e lhe devolveu a arma empregada na execução do crime.

No caso ilustrado a aplicação do referente de valoração é bem simples, pois a conduta é dolosa e o crime de homicídio tipificado no art. 121 do CP é consumado. Ocorre, porém, que ao praticar o crime Luís realizou uma série de condutas concomitantes, todas dirigidas à morte de Carlos, sendo que algumas delas configuram tipos penais, mas que não lhes são imputáveis, tais como o porte ilegal de armas, previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do desarmamento) e a lesão corporal, tipificada no art. 129 do CP.

As condutas concomitantes podem ser de duas espécies, conduta concomitante meio e conduta concomitante subsidiária. A primeira está integrada aos meios empregados finalisticamente dirigida à realização do tipo penal determinado, como ocorre com o porte ilegal de armas. Portanto, essa conduta constitui-se como etapa do *iter criminis* em uma relação consuntiva com o tipo penal determinado. Nessa hipótese, aplica-se o Princípio da Consunção e, por consequência, produz-se o esvaziamento de seu conteúdo penal de forma que o porte ilegal não será imputada a Luís.

No caso em apreço, o porte ilegal não configura um crime autônomo, mas uma conduta concomitante finalisticamente integrada ao meio empregado por Luís para matar Carlos. Assim, além de constituir uma etapa do *iter criminis*, em uma relação consuntiva com o homicídio essa conduta está articulada à linha de desdobramento do nexos finalista que se estabelece entre a vontade de realizar o homicídio e a realização do homicídio, não podendo, por conseguinte, ser imputada a Luís.

31 Essa distorção foi corrigida no projeto do Novo Código Penal, com a seguinte disposição: Dolo e culpa Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado.

tais como a vias de fato e a lesão corporal. Com essa decisão viola-se o princípio da Legalidade, inscrito no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, visto que incluiu no preceito de regência situação fática inexistente.

A imputação de um crime não se reduz a uma questão meramente terminológica com base em obscura a analogia incriminadora, que converte o Direito Penal uma questão meramente técnica de vigiar e punir³⁴. Ela é conceitual, epistemológica e ontológica. Logicamente não é admissível converter o crime de furto em crime de roubo, tendo como base valorativa a vias de fato, sob a ótica exclusiva da circunstância elementar do tipo, visto que esta não configura a *vis corporalis*, nem constitui uma conduta residual integrada ao crime de roubo, como ocorre com a lesão corporal.

3 CONCLUSÃO

Em geral a doutrina não confere o devido tratamento a questão abordada no presente trabalho. Todavia, ao abordá-la, sem a profundidade merecida, Greco³⁵ observa que a subtração de coisa alheia móvel realizada por meio de empurrões, arrebatamentos ou outros atos que configurem a simples vias de fato não são suficientes para configurar o crime de roubo, visto que não geram lesões corporais à vítima. Ademais, segundo o autor, nesses tipos de condutas a ação é finalisticamente dirigida a subtração do bem. Portanto, a imputação mais adequada é o crime furto.

A concepção das vias de fato, empurrões ou arrebatamento como circunstância elementar do crime de roubo, sem a necessária a ocorrência de lesão corporal ou sem atingir de forma relevante à integridade física de alguém, constitui um grave equívoco entificado nos tribunais brasileiros que produzem consequências prejudiciais aos condenados, uma vez que viola o princípio da Legalidade ao ampliar o alcance ontológico do crime de roubo, suprime o direito subjetivo do agente de ser sentenciado pelo crime de furto.

Na análise desse enunciado deve-se observar que as vias de fato se circunscrevem ao *animus rem sibi habendi*, ou seja, é abrangida pelos elementos que compõem o dolo que caracteriza o crime furto. Dessa

34 Nesse sentido: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1998. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

35 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. III. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

forma, não se confunde com a circunstância elementar do crime de roubo, descrita no art. 157 do CP, como “violência a pessoa”, constituída como elemento objetivo do tipo. Assim, essa elementar configura uma circunstância objetiva capaz de produzir lesão corporal à vítima da subtração da *res* furtiva.

Partindo desse pressuposto, a decisão analisada não pode ser concebida como mera obediência das normas jurídicas, dirigidas a uniformização da jurisprudência, pois nela subjaz práticas jurídicas e discursivas que ontologicamente produzem uma dimensão do próprio Direito Penal. Dessa forma, a concepção das vias de fato como circunstância elementar do crime de roubo é constituída como um postulado previamente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, que serve de base para orientar e justificar racionalmente as decisões judiciais prolatadas nos juízos monocráticos e tribunais de instâncias inferiores a partir de um processo axiomático que fornece a base racional necessária a legitimação das decisões que seguem o mesmo sentido.

Ocorre, porém, que consoante disposição do art. 93, IX, da Constituição Federal, considera-se arbitrária toda decisão que não é devidamente fundamentada. No caso em exame a arbitrariedade da decisão configura-se no ornamento perfunctório que sustenta sua fundamentação. Logo, quando o agente subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, do ponto de vista conceitual, tecnicamente o mais adequado é conceber a Vias de fato como conduta concomitante meio, integrada ao conceito de dolo, imputando-se, portanto, o crime de furto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940. Disponível em: <www.legjur.com> .

BRASIL. *Decreto 3.688, de 03/10/1941*. Disponível em: <www.legjur.com>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 107.147/MG*. Primeira Turma. Paciente: Anderson Viana Martins. Relatora: Ministra: Rosa Weber. Minas Gerais, 27 de abril de 2012. Disponível em: stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21555857/habeas-corpus-hc-107147-mg-stf/inteiro-teor-110375714?ref=juris-tabs Acesso em: 26 nov. 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. v. 3, Salvador, JusPodivm, 2016.

GOODE, Willian J., HATT, Paul K. *Métodos em pesquisa social*. Tradução de Carolina Martuscelli Bori. 5. ed. São Paulo: Nacional, 1975.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. III. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

_____. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

NOVAK, Joseph Donald. *Learning, Creating, and Using Knowledge: Concept Maps as Facilitative Tools in Schools and Corporations*. 2. ed. Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, 2010. Disponível em: <http://books.google.com.br>. Acesso em: 27/11/2014.

NOVAK, Joseph D., GOWIN, D. Bob. *Aprender a aprender*. 2. ed. Lisboa: Plátano Edições Técnicas, 1999. p. 31. Disponível em: <www.ir.nmu.org.ua>. Acesso em setembro de 2014.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENTURI, Thais Pascoaloto; GLITZ, Frederico Eduardo Z. A contribuição do método do estudo de casos e do exame de ordem na reformulação do ensino jurídico in: KANAYAMA, Rodrigo (org.). *Ensino jurídico e desafios contemporâneos*. Curitiba: OABPR, 2014. (Coleção Comissões; v.14), p. 128-137

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 2 ed. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2006.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

