

# A DECISÃO PROFERIDA PELO STJ NO TEMA 1087 À LUZ DA TEORIA DAS CLASSES E A CONTRADIÇÃO LÓGICA COM A SÚMULA 511

THE DECISION MADE BY THE STJ IN TOPIC 1087 IN THE LIGHT OF THE CLASS THEORY AND  
THE LOGICAL CONTRADICTION WITH SUMMARY 511

Artigo submetido em 11 de junho de 2024

Artigo aprovado em 22 de junho de 2024

Artigo publicado em 30 de junho de 2024

## **Cognitio Juris**

Volume 14 - Número 55 - Junho de 2024

ISSN 2236-3009

## **Autor(es):**

Marcelo Henrique Mariano[1]

RESUMO: A partir da teoria das classes como meio de organização do conhecimento, o artigo analisa a decisão proferida pelo STJ no tema 1087, que concluiu pela não incidência da causa de aumento prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal, pertinente à circunstância de o crime ter sido praticado em período noturno, aos casos de furto qualificado, disciplinados no § 4º do mesmo artigo, principalmente em razão da ordem topográfica em que os parágrafos foram dispostos no artigo, e aponta contradição lógica com a jurisprudência da própria Corte,

cuja súmula 511 admite a aplicação do furto privilegiado (disposto no art. 155, § 2º, do Código Penal) às modalidades qualificadas do referido delito. Ao final, à luz dos princípios do direito penal, apresenta justificativas da manutenção da contradição, e alternativa extraída do próprio sistema para se garantir a efetiva resposta penal à maior lesão ao bem jurídico decorrente da prática do furto em período noturno.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria das classes; furto simples; furto qualificado; causa de aumento; furto privilegiado; tema 1087; súmula 511; contradição lógica; perspectiva valorativa.

**ABSTRACT:** Based on the theory of classes to organize knowledge, the article analyzes the decision made by the STJ in theme 1087, which concluded that the cause of increase the penalty provided in art. 155, § 1, of the Penal Code, pertinent to the circumstance that the crime was committed at night, did not apply to cases of qualified theft, regulated in § 4 of the same article, mainly due to the topographical order in which the paragraphs were arranged in the article, and points out a logical contradiction with the Court's own jurisprudence, whose summary 511 admits the application of privileged theft (set out in art. 155, § 2, of the Penal Code) to the qualified modalities of the aforementioned crime. In the end, in light of the principles of criminal law, it presents justifications for maintaining the contradiction, and an alternative extracted from the system itself to guarantee an effective criminal response to the greatest damage to legal assets resulting from the practice of theft at night.

**KEYWORDS:** Class theory; theft; qualified theft; cause of increase; privileged theft; theme 1087; summary 511; logical contradiction; evaluative perspective.

## INTRODUÇÃO

A disposição dos conceitos em classes constitui forma quase intuitiva de organização do conhecimento: recorrendo ao processo de racionalização, tende-se a aproximar características semelhantes e separar as distintas.

Quanto mais se visualizam novas características naquilo que é observado, maior será o grau de distinção.

A sistematização do ordenamento jurídico em leis, ínsita às ordens jurídicas romano-germânicas, permite visualizar com clareza a utilização da teoria das classes para melhor organizar as prescrições normativas.

Há códigos, que contam com partes geral e especial, divididas em títulos, subdivididos em capítulos, nos quais há seções, separadas por artigos, parágrafos, incisos, alíneas, letras e itens.

Partindo da teoria das classes, o artigo analisa a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no tema 1087, ocasião em que a Corte entendeu inaplicável a causa de aumento de pena do art. 155, § 1º, do Código Penal, relacionada à prática do delito em período noturno, aos casos de furto qualificado, disciplinados no art. 155, § 4º, principalmente pela colocação topográfica do § 1º antes do 4º.

Na primeira parte introduz-se a teoria das classes como forma de racionalização de conhecido para, em um segundo momento, dispor sobre o direito penal como um sistema organizado em classes, antes de adentrar na análise da referida decisão.

Após colacionar os fundamentos adotados utilizados no julgamento, conclui-se existir contradição lógica do entendimento com a jurisprudência do próprio STJ, que em sua súmula 511 admitiu a aplicação da diminuição de pena prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal ao furto qualificado.

Ao final, busca-se, com destaque a alguns dos princípios do direito penal, elencar justificativas valorativas à manutenção da contradição no sistema, assim possibilidade de ponderação da circunstância decorrente da prática do furto em período noturno às hipóteses qualificadas, não como causa de aumento, analisada na terceira fase da dosimetria da pena,

mas como circunstância judicial desfavorável, cuja valoração se dá na primeira fase da dosimetria da pena.

## 2. A CLASSIFICAÇÃO COMO FORMA DE RACIONALIZAÇÃO DO CONHECIMENTO

A classificação, como atividade intuitiva e cognitiva, é inerente à existência humana: ao direcionar a atenção a determinados objetos e às características que os destacam (ou que são o foco de atenção do sujeito observador), busca-se, com recurso a associações lógicas, outros objetos com características semelhantes, que permitam enquadrá-lo em um determinado conjunto.

Trata-se da reunião em conjuntos de certos elementos distintivos segundo critérios valorativos e intelectivos, permitindo a distinção de espécies a partir de dado universo conceitual, e o conseqüente estabelecimento de relações lógicas entre os conceitos integrantes do conjunto[2].

As classes, como decorrência do processo intelectual, são fruto do processo criativo, cujo pertencimento relaciona-se à constatação de certa característica distintiva: ou as tem, e integra a classe, ou não as tem, e não a integra.

Trata-se “do modo de *falar* sobre um conjunto de elementos, quer eles existam como coletividade, ou até mesmo quando não exista denotação alguma deles”, admitindo-se a existência de uma classe sem a correspondente coletividade[3].

Segundo Paulo de Barros Carvalho, quatro são as regras que devem guiar o processo de classificação: a) deve ser proporcionada – a extensão do termo divisível deve ser igual à soma das extensões dos membros da divisão; b) deve fundamentar-se em um único critério; c) os membros da divisão devem excluir-se mutuamente; d) deve fluir de forma ininterrupta, evitando-se saltos na divisão[4].

Dentre as formas de se estudar as classes, podem ser elencadas a partir de superclasses –

ou gêneros – e subclasses – ou espécies, havendo, entre elas, relação de continência, na medida em que as espécies detêm características com aptidão para agrupá-las no gênero, a despeito de guardarem notas distintivas suficientes para cindi-las como integrantes do conjunto, com o acréscimo de certa especificidade.

O acréscimo de especificidades está relacionado com a ideia de elucidação, processo pelo qual são acrescentados novos predicados e juízos sobre novas propriedades, elencando-as em espécies, mas mantendo características do gênero, visando à obtenção de maior racionalidade.

No entanto, como ressalta Lucas Galvão de Britto, um sistema pressupõe que tanto autor como destinatário da mensagem compartilhem o mesmo entendimento sobre as características do gênero[5]. Caso contrário, haverá discussões sobre a validade – e até mesmo a utilidade – dos sistemas classificatórios.

A divergência decorre da ambiguidade e vagueza dos termos[6], cuja solução recorre à elucidação e à lei de variação inversa, segundo a qual as intensões dos termos variam de modo inversamente proporcional às extensões[7], ou seja, quanto mais se aumenta a intensão, e pois, as notas distintivas, mais se reduz a extensão e, por consequência a ambiguidade e vagueza dos termos[8].

A despeito disso, não se deve ignorar que a língua, como decorrência de um processo de construção histórico-cultural, está em constante expansão, mutação e ressignificação, e não se trata de categoria finita, de modo que sempre haverá uma margem de vagueza nos termos, abertos à variabilidade inerente ao modo de vida humano.

No âmbito jurídico, ao prescrever determinada conduta, o legislador demarca os limites do seu campo de aplicação, sem prejuízo da preservação da vagueza dos termos, em maior ou menor grau, a fim de permitir sua acomodação à realidade concreta, ante a inviabilidade de precisão absoluta no domínio do ser e do dever-ser.

Não se deve descurar de que tanto as hipóteses abstratas quanto as concretas não se confundem com o dado da realidade que pretendem designar, de modo que o conceito não se confunde com a coisa conceituada[9].

Daí a afirmação de que a subsunção não se dá entre o acontecimento do mundo social e a norma, porque se trata de operação entre classes, mediada pelo intelecto humano, ou seja, as classes, como produto do intelecto, que são submetidas ao processo de subsunção em relação aos fatos jurídicos[10].

### 3. O DIREITO PENAL SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DAS CLASSES

A liberdade, como direito fundamental garantido a todos os brasileiros e estrangeiros no país (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), e dada sua carga principiológica, deve ser realizada na maior medida das possibilidades fático-jurídicas[11], exigindo-se, para sua limitação, a edição de lei[12].

O direito penal, por essência, impõe limites ao poder punitivo do Estado, e representa o limiar entre a ampla liberdade de locomoção, prevista como direito fundamental no art. 5º, XV, da Constituição Federal, e sua restrição, com a criminalização de condutas, e consequente aptidão potencial à limitação do direito de ir e vir.

Conceitua-se como o conjunto de normas jurídicas determinantes de infrações penais e suas respectivas sanções, assim como os valores e princípios orientadores da aplicação e interpretação das normas penais[13].

A perspectiva valorativa é inerente a qualquer campo do direito, conformada pela atribuição de qualidades positivas ou negativas, a partir de uma vinculação entre o agente e o objeto de conhecimento. Atribui-se sentido (ou referibilidade) por intermédio de juízos de valor (re)construídos em perspectiva histórico-social[14].

No campo penal, os valores são desvelados pelos princípios limitadores do direito

punitivo estatal, e para os fins de presente estudo, serão analisados os princípios da legalidade/reserva legal e da intervenção mínima.

A legalidade penal está prevista no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal[15], e remonta, em perspectiva histórica, à Revolução Francesa, conforme extraído do art. 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789[16].

A criação de normas incriminadoras exige lei em sentido estrito, única fonte apta à definição de um fato como criminoso, com cominação da respectiva sanção[17]. Cezar Roberto Bitencourt pondera que:

“A adoção expressa desses princípios significa que o nosso ordenamento jurídico cumpre com a exigência de segurança jurídica postulada pelos iluministas. Além disso, para aquelas sociedades que, a exemplo da brasileira, estão organizadas por meio de um sistema político democrático, o princípio de legalidade e de reserva legal representam a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático[18]”.

A criação de tipos penais, além da edição de lei em sentido estrito, reclama a mínima utilização de expressões vagas ou ambíguas, a fim de se distinguir, com a melhor precisão possível, aquilo que é efetivamente proibido daquilo que é permitido[19].

Cotejado o princípio da legalidade com o abordado no capítulo anterior, a tipificação penal deve recorrer à lei de variação inversa, aumentando-se a intensão, e, portanto, as notas distintivas dos tipos penais, para melhor compreensão, delimitação, e, por consequência, diminuição de ambiguidades e vaguezas.

Por sua vez, o princípio da intervenção mínima correlaciona-se com o da legalidade: se por um lado, a liberdade é regra e sua limitação no âmbito criminal exige a edição de lei em sentido escrito, mediante recurso ao processo legislativo, por outro lado, a criminalização

de condutas há de pautar-se na efetiva necessidade de recorrer ao direito penal para a tutela de determinado bem jurídico, nos casos em que as demais formas de sanção são insuficientes para tanto.

O princípio revela o caráter subsidiário do direito penal, cuja intervenção se legitima apenas nos casos em que os demais meios extrapenais de controle se mostrarem insuficientes. Nesse sentido leciona Claus Roxin:

“A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é a última dentre as medidas protetivas que se devem considerar, ou seja, somente intervém quando falham os outros meios de solução social do problema – como a ação civil, as regulações relacionadas ao poder de polícia, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena como a *ultima ratio* da política social e se define sua missão como de proteção subsidiária de bens jurídico[20]”.

Daí a constatação, aliados a mínima intervenção, o caráter *ultima ratio* do direito penal, e a reserva legal para criminalização de condutas, de que o direito penal é fragmentário, não servindo à tutela de todos os bens jurídicos, mas aqueles ofendidos com tamanha gravidade que as sanções extrapenais são insuficientes para sua proteção.

### 3.1. A ESTRUTURAÇÃO DO DIREITO PENAL EM CLASSES E O CÓDIGO PENAL

No Brasil, a estipulação de regras de interpretação e crimes comuns historicamente advêm de uma codificação geral, como é o caso do Decreto-Lei n. 2.848/1940, que instituiu o Código Penal Brasileiro.

Não se ignora que a dinamização e evolução das relações sociais tem revelado inúmeros bens jurídicos cuja tutela penal reclama a edição de codificações próprias, com regras específicas, como é o caso, entre outros, da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998),

Lei de Drogas (Lei n. 11.340/2006), Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013), Lei de Licitações (Leis n. 8.666/1993 e 14.133/2021).

Pode-se inferir que a opção legislativa pela não aglutinação dos inúmeros crimes especiais na codificação geral se dá para bem delinear os inúmeros regramentos próprios (que tutelam bens jurídicos específicos e contêm regras próprias) do regramento geral, sem prejuízo da aplicação subsidiária do último nos casos lacunosos.

Em última análise, trata-se - a lei geral e as especiais - de normas penais, as quais, no âmbito da criminalização de condutas, hão de observar os princípios limitadores do direito punitivo estatal, independentemente do diploma em que inseridas.

Sob a perspectiva da teoria das classes, a cisão em diploma geral e especiais permite uma melhor visão global do ordenamento, na medida em que os diplomas especiais têm enfoque e tutelam bens jurídicos próprios, e não necessariamente se conciliam com o geral, aplicando-se o critério da especialidade em caso de incompatibilidade de regras[21].

Desta forma, de um lado tem-se regras não penais, e de outro, a classe das regras penais, subdividas em gerais, constantes do Código Penal, e especiais, previstas em diplomas esparsos do ordenamento.

Por sua vez, o Código Penal é subdividido em parte geral, a qual conta com 8 (oito) títulos[22], e parte especial, que conta com 12 (doze) títulos[23]. Os títulos de ambas as partes são cindidos em capítulos, os quais contam com seções, em cujo interior há artigos, parágrafos e incisos.

A cada nova divisão aumenta-se a intensão, com agregação de características distintivas às prescrições, permitindo a diminuição das ambiguidades e vagezas, em prestígio à segurança jurídica e melhor interpretação das regras de conduta e de interpretação previstas

nos diplomas penais.

### 3.2 DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E DO FURTO

A parte especial do Código Penal é dividida em 12 (doze) títulos, e cada qual dispõe sobre crimes que tutelam bens jurídicos específicos: contra a pessoa; contra o patrimônio; contra a propriedade imaterial; contra a organização do trabalho; contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos; contra a dignidade sexual; contra a família; contra a incolumidade pública; contra a paz pública; contra a fé pública; contra a administração pública; contra o estado democrático de direito.

Os bens jurídicos são núcleos de interesse socialmente relevantes sobre os quais se exercem juízos que lhes reputam valorosos e dignos de tutela, aptos a impulsionar a tutela estatal de diversas formas, inclusive a edição de leis, dentre elas a penal, com a criminalização de condutas não valorizadas pela sociedade.

Dentre os núcleos de proteção, o título II dispõe sobre os crimes contra o patrimônio.

Comentando a subdivisão, Rogério Grego pondera que os estudos da criminologia demonstram que as infrações patrimoniais são praticadas em razão da má administração da coisa pública pelo Estado, geradora de desigualdades sociais, preponderante ao aumento de tais delitos[24].

O título II da parte especial criminaliza as seguintes condutas como crimes patrimoniais: furto, roubo, extorsão, usurpação, dano, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes e receptação.

O furto está previsto no art. 155 do Código Penal[25], que tipifica a conduta de subtrair coisa alheia móvel, cuja materialização depende: a) da prática do verbo-tipo *subtrair*[26]; b) que a subtração recaia sobre *coisa*[27]; c) que a coisa seja *alheia* e *móvel*[28].

O *caput* do art. 155 do Código Penal dispõe sobre o furto simples, cuja materialização exige o

preenchimento dos três requisitos analisados, quais sejam, a subtração de coisa alheia e móvel.

O § 4º do art. 155, agrega novos juízos de desvalor ao delito, e estatui o furto qualificado, quando, além da subtração de coisa alheia e móvel, ela é praticada: a) com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; ; b) com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; c) com emprego de chave falsa; d) mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Os incisos representam disjunções includentes, ou seja, basta que o delito seja praticado em conformidade com uma das 4 (quatro) hipóteses para ser considerado furto qualificado.

Portanto, o furto subdivide-se em simples, quando há a subtração de coisa alheia e móvel, punida com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, e qualificado, quando, além da subtração da coisa alheia e móvel, acresce-se uma das hipóteses acima transcritas, justificadora de sanção mais gravosa, dada o maior juízo de desvalor da conduta[29].

#### 4. O FURTO PRATICADO EM PERÍODO NOTURNO, O TEMA 1087 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) E A APARENTE CONTRADIÇÃO COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE

Dentre as causas de aumento de pena previstas para o delito de furto, o art. 155, § 1º, do Código Penal dispõe que, se praticado durante o repouso noturno, a pena é acrescida de um terço[30].

De acordo com Rogério Greco, é a maior facilidade decorrente da prática do delito em período noturno, quando o bem está menos guardado, que justifica a incidência da majorante[31], sendo irrelevante o fato de uma das vítimas não estar dormindo no local[32].

Por se tratar de causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, questionou-se perante o STJ acerca de sua incidência aos furtos qualificados, descritos a partir do § 4º do art. 155.

#### 4.1. TEMA 1087 DO STJ

Em meados de 2020, ao admitir para julgamento o REsp n. 1888756/SP, o STJ afetou o recurso por meio do tema 1087[33], submetendo a seguinte controvérsia jurídica para definição pela Corte: “(im)possibilidade de a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) incidir tanto no crime de furto simples (caput) quanto na sua forma qualificada (§ 4º)”.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), os precedentes davam conta da possibilidade de incidência da causa de aumento aos furtos qualificados, na medida em que: “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)[34]”.

No STJ, entre 2000 e 2010, o entendimento prevalente era no sentido da impossibilidade de aplicação da causa de aumento ao furto qualificado[35], tendo a Corte, a partir de 2014, passado a adotar a orientação da Suprema Corte, já que:

“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[36]”.

Ao proceder com o julgamento do tema 1087, a Corte reprimou o entendimento anteriormente dominante, de que a causa de aumento prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal é incompatível com o furto qualificado, com a fixação da seguinte tese jurisprudencial: “A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º)”.

O principal fundamento da nova orientação relaciona-se com a posição topográfica do § 1º do art. 155 do Código Penal: em se tratando de causa de aumento prevista no § 1º, o legislador teria afastado, intencionalmente, sua incidência aos casos dispostos no § 4º.

Soma-se a ele o método hermenêutico teleológico, o qual, em relação à hipótese sob julgamento, propõe:

“a averiguação do objetivo da norma, de seus fins sociais, objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica e à dignidade da pessoa humana. Com efeito, quando se busca o atendimento a esses aspectos, especialmente o relativo à dignidade humana, devem ser atendidos os princípios da proporcionalidade e da taxatividade[37]”.

Por fim, com relação à proporcionalidade, objetiva evitar o excesso de punição, com aplicação de sanções mais gravosas a infrações menos graves, bem como a proteção insuficiente aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Aplicar a causa de aumento do § 1º aos crimes do § 4º seria desproporcional, dado o aumento fixo de pena em 1/3. No entanto, a fim de se evitar a proteção insuficiente ao bem jurídico, viável a consideração de tal circunstância na dosimetria da pena, como circunstância judicial negativa, na primeira fase de fixação (art. 59 do Código Penal)[38].

#### 4.2 APARENTE CONTRADIÇÃO DO ENTENDIMENTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

O STJ, quando do julgamento do tema 1087, adotou como principal fundamento para afastar a incidência da causa de aumento disposta no art. 155, § 1º, do Código Penal aos furtos qualificados a sua posição topográfica: se a causa de aumento está prevista no § 1º, significa que o legislador objetivou que incidisse apenas para os casos de furto simples (previstos no *caput*), e não para os qualificados (previstos no § 4º).

Referido entendimento é contraditório à jurisprudência do próprio STJ, cuja súmula 511 assim dispõe: “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”.

O furto privilegiado está previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, e permite a diminuição da pena de 1/3 a 2/3, também na terceira fase, nos casos em que: “o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada”.

Admitir que a causa de aumento do § 1º é incompatível, dada sua posição topográfica, com os delitos do § 4º, implica, por via de consequência, inferir que o privilégio previsto no § 2º com ele também não se compatibiliza.

Paulo de Barros Carvalho ensina que as relações são contraditórias quando a verdade de uma afirmação permite afirmar a falsidade de outra[39].

É justamente o que ocorre no caso da orientação adotada pelo STJ, e referida contradição foi vislumbrada, anteriormente, pela própria Corte, quando do julgamento do HC n. 306.450/SP, citado no rodapé n. 35, bem como pelo STF, que no julgamento HC n. 130.952, citado no rodapé n. 33, mencionou a incompatibilidade entre os entendimentos na ementa do julgado[40].

Quando do julgamento do tema 1087, o STJ enfrentou a contradição sob a ótica de que o § 2º do art. 155 do Código Penal refere-se à norma não incriminadora, ao passo que a causa de aumento do § 1º dispõe sobre norma incriminadora.

Nesse sentido, em se tratando de norma incriminadora, sua extensividade aos casos de furto qualificado é vedada, na medida em que o direito penal não admite interpretação extensiva em prejuízo do réu, o que não ocorre com a incidência do privilégio, que, por beneficiá-lo, admite a extensão.

## CONCLUSÃO

A partir da perspectiva da teoria das classes, verifica-se que o legislador, no âmbito do direito penal, criminalizou condutas sob a perspectiva do bem jurídico violado, dentre eles o patrimônio ofendido, dentre outros, com a prática do furto.

O Código Penal, em seu art. 155, *caput*, dispõe sobre o furto simples, ao qual são agregadas novas características (intensão) no § 4º, para se chegar à definição do furto qualificado, o qual, dada a maior ofensividade ao bem jurídico tutelado, justifica a imposição de sanção mais gravosa.

No tema 1087, o STJ se deparou com a controvérsia acerca da incidência da causa de aumento do art. 155, § 1º, do Código Penal aos casos de furto qualificado, tendo concluído, especialmente em razão da posição topográfica, que seu âmbito de alcance tem incidência limitada aos casos de furto simples.

Ao decidir em tal sentido, a Corte incorreu em contradição lógica com o entendimento anteriormente firmado na súmula 511, em que admite a diminuição da pena para os casos de furto privilegiado, dispostas no art. 155, § 2º, do Código Penal, ao furto qualificado, previsto no § 4º.

Se, topograficamente, o § 1º do art. 155 do Código Penal não é compatível com o § 4º, por via de consequência, o § 2º com ele também não pode compatibilizar, por se tratar de contradição lógica.

Tanto o STJ quanto o STF reconheciam a contradição, ainda que implicitamente, em seus precedentes anteriores, ao admitir a incidência da causa do § 1º aos casos de furto qualificado.

O fundamento adicional utilizado pelo STJ, no sentido de que o direito penal inadmite interpretação extensiva prejudicial ao acusado, mas a admite em seu favor, conquanto não seja apto à eliminação da contradição lógica, está em consonância com o conjunto de valores

imprimidos nos princípios penais.

Nesse sentido, a criação de normas penais incriminadoras condiciona-se à edição de lei formal, decorrência do princípio da legalidade e reserva legal, ao passo que o direito penal, como ramo fragmentário, há de ser o último filtro social para a solução de controvérsias.

Admitida a incidência da causa de aumento do § 1º aos casos do § 4º, se incrementaria resposta penal a casos não originalmente não previstos, em descompasso com a perspectiva axiológica do direito penal, o que não ocorre na hipótese tratada na súmula 511 do STJ, em consonância com tal ótica valorativa.

A Corte andou bem ao adotar referida solução para tema 1087. Apesar da contradição lógica, não descurou da constatação de que o furto praticado no período noturno representa maior ofensa ao bem jurídico tutelado pela regra, podendo, desta forma, refletir na fixação da pena, mas, para os casos de furto qualificado, sob pena de incorrer em desproporcionalidade, há de ser valorado na primeira fase da dosimetria, prevista no art. 59 do Código Penal, e não como causa de aumento autônoma, valorada na última fase.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Vol. 1**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 29.11.2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em

05.10.1988. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29.11.2023.

BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 29.11.2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 29.11.2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 10.240**, Rel. Min. Vicente Leal. 2010. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199900671597&dt\\_publicacao=14-02-2000&cod\\_tipo\\_documento=1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900671597&dt_publicacao=14-02-2000&cod_tipo_documento=1&formato=PDF). Acesso em: 29.11.2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 306.450**, Min. Maria Thereza de Assis Moura. 2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42852950&num\\_registro=201402606122&data=20141217&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42852950&num_registro=201402606122&data=20141217&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 29.11.2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 331.100**, Rel. Min. Ribeiro Dantas. 2016. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60359829&num\\_registro=201501797775&data=20160503&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60359829&num_registro=201501797775&data=20160503&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 29.11.2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 130.952**, Rel. Min. Dias Toffoli.

2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12437852>. Acesso em: 29.11.2023.

BRITTO, Lucas Galvão de. **Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas**. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Lógica e direito*. São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2011.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. São Paulo: Mestre Jou, 1981.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito das Coisas. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 29.11.2023.

Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal - Vol. 2**. Disponível em: Grupo GEN, (19th edição). Grupo GEN, 2022.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte General. Tomo I**. Trad. Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madri: Civitas, 1997. SUBTRAIR. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2023. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/subtrair/>. Acesso em: 29.11.2023.

---

[1] Graduado na PUC Campinas, Especialização em Direito Administrativo pela PUC SP,

Mestrando na PUC SP, Juiz de Direito do TJ/SP.

[2] BRITTO, Lucas Galvão de. **Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas**. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Lógica e direito*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 321.

[3] Ob. Cit., p. 326. O autor parte da constatação de que as classes não são conjuntos pré-existentes na natureza, mas criados pelo homem a partir do estabelecimento de determinadas características. Daí a conclusão de que não se confundem com coletividade, entendida esta como o somatório dos indivíduos componentes de um conjunto.

[4] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2011. p. 120.

[5] Ob. Cit., p. 346.

[6] Por ambiguidade quer-se referir à existência de mais de um significado para o mesmo termo, sem que o contexto permita distingui-los. Já a vagueza lida com os casos limítrofes, cujo enquadramento do termo ao conceito não é possível de se afiançar.

[7] COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. São Paulo: Mestre Jou, 1981, p. 122.

[8] Segundo o autor: “Todos os objetos que pertencem à extensão de um certo termo possuem algumas propriedades ou características comuns que são, justamente, o que nos induz a usar o mesmo termo para denotá-los. As propriedades possuídas por todos os objetos que cabem na extensão de um termo recebem o nome de intensão ou conotação desse termo. Os termos genéricos ou de classe têm um significado intensivo ou conotativo e um extensivo ou denotativo. Assim, a intensão ou conotação do termo “arranha-céu” consiste nas propriedades comuns a todos os edifícios que ultrapassam uma certa altura, ao passo que a extensão ou denotação desse termo é uma classe que contém o Empire State Building, o Chrysler Building, a Wrigley Tower etc”. (Ob. Cit, p. 119-120).

[9] BRITTO, Lucas Galvão de. **Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas**. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Lógica e direito*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 352.

[10] “A subsunção, que é operação lógica entre classes (um conjunto está contido ou não está contido em outro), nunca se dá, portanto, entre o acontecimento do mundo social e a norma, como aliás, propunha uma certa parte da doutrina brasileira. Porque é operação entre classes, está sempre mediada pelo intelecto humano, já que essas entidades (as classes) não existem fora dele e também não podem ser conhecidas senão pelo esforço do sujeito que deve vertê-la em linguagem intersubjetiva. Trata-se, portanto, de subsunção do conceito formulado sobre esse acontecimento – versado no relato habilitado a tanto, o fato jurídico – ao conceito da norma – que encontra sua forma-limite nos enunciados prescritivos produzidos pelos sujeitos competentes, encarregados de interpretar as demais disposições do ordenamento jurídico” (Ob. Cit., p. 352).

[11] Segundo Robert Alexy, os princípios contêm um mandamento *prima facie*, e não definitivo, ou seja, devem ser realizados dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, na medida em que representam razões afastáveis por razões antagônicas. A forma de adequação entre razões e contrarrazões não se determina pelos princípios, mas pelo contexto concreto de incidência (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 103-104).

[12] Art. 5º, II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 29.11.2023.

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Vol. 1**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012, p. 19. O autor acresce que o: “conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência

humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça”.

[14] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2011. p. 180-187.

[15] “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 29.11.2023.

[16] Art. 7º - Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 29.11.2023.

[17] Não se ignora a existência de precedentes da Suprema Corte, como a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que, por meio de ampliação do sentido de racismo, passou a reputar que homofobia estaria inserida na tipificação da Lei n. 7.716/1989. Inobstante, o texto constitucional não deixa margem de dúvidas quanto à forma de se criar crimes no ordenamento jurídico brasileiro.

[18] Ob. Cit, p. 24.

[19] Sobre tal ponto, Claus Roxin doutrina que: “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso, pouco clara, não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da separação dos poderes, porque permite ao juiz interpretar da forma que quiser,

invadindo a esfera do legislativo” (ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte General. Tomo I.** Trad. Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madri: Civitas, 1997, p. 169, traduzido livremente para o português).

[20] Ob. Cit., p. 25, traduzido livremente para o português.

[21] Cita-se, a título de exemplo, o art. 16 da Lei n. 9.605/1998, que elenca circunstâncias agravantes próprias para os crimes ambientais, sem prejuízo, naquilo que não for contrário, da aplicação do art. 61 do Código Penal.

[22] Título I – da aplicação da lei penal; título II – do crime; título III – da imputabilidade penal; título IV – do concurso de pessoas; título V – das penas; título VI – das medidas de segurança; título VII – da ação penal; título VIII – da extinção da punibilidade.

[23] Título I – dos crimes contra a pessoa; título II – dos crimes contra o patrimônio; título III – dos crimes contra a propriedade imaterial; título IV – dos crimes contra a organização do trabalho; título V – dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos; título VI – dos crimes contra a dignidade sexual; título VII – dos crimes contra a família; título VIII – dos crimes contra a incolumidade pública; título IX – dos crimes contra a paz pública; título X – dos crimes contra a fé pública; título XI – dos crimes contra a administração pública; título XII – dos crimes contra o estado democrático de direito.

[24] Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal - Vol. 2.** Disponível em: Grupo GEN, (19th edição). Grupo GEN, 2022. O autor conclui que: “os crimes patrimoniais, previstos no Título em estudo, originam-se, basicamente, da ausência do Estado Social, que cria, dada a sua má administração, um abismo entre as classes sociais, gerando, conseqüentemente, um clima de tensão, altamente propício ao desenvolvimento de uma mentalidade voltada à prática dessas infrações penais. **O legislador, mesmo sabendo que o Estado é o responsável pelo índice assustador de crimes patrimoniais, parece fazer parte do “jogo” da Administração: pune mais severamente aqueles que se veem compelidos a praticar**

**infrações penais patrimoniais, muitas vezes considerados também vítimas do sistema**, do que os verdadeiros responsáveis por essa situação de calamidade, que praticam, com seus “colarinhos brancos”, as piores e mais hediondas infrações penais” (grifou-se).

[25] Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 29.11.2023.

[26] Subtrair é sinônimo de decrescer, diminuir, encolher, minguar, afastar, esconder, ocultar, livrar, remover, retirar, tirar, esquivar, furtar, destituir, privar. Disponível em:

<https://www.dicio.com.br/subtrair/>. Acesso em 29.11.2023.

[27] Segundo Carlos Roberto Gonçalves, por coisas pode-se entender tudo aquilo que não é humano (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito das Coisas. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 19).

[28] Alheio é o pertencente a outrem, e móvel o que é passível de remoção.

[29] O art. 155 do Código Penal, além do furto qualificado previsto no § 4º, elenca outros tipos de furto qualificado, previstos nos §§ 4º-A a 7º, mas para os fins do estudo não serão abordados, consignando, no entanto, que seguem a mesma lógica: acrescentam-se características adicionais que, por representarem maior desvalor, legitimam sanções mais severas.

[30] Ao contrário das qualificadoras, que integram o tipo objetivo e, portanto, sua verificação é imprescindível para distinguir a existência de um crime “simples” de um “qualificado”, as causas de aumento são circunstâncias acessórias, que não integram o tipo objetivo, mas o circundam, não influenciando na configuração do delito, mas, por se tratar de causa que aumenta

a reprovação da conduta, repercutem na resposta estatal representada pela sanção penal.

[31] Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal - Vol. 2**. Disponível em: Grupo GEN, (19th edição). Grupo GEN, 2022, p. 530.

[32] STJ, HC n. 331.100, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 03.05.2016.

[33] De acordo com o art. 1036 do CPC: “Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça”.

[34] STF, HC n. 130.952, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 13.12.2016.

[35] Por todos, STJ, HC n. 10.240/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 14.02.2000.

[36] Por todos, STJ, HC n. 306.450/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17.12.2014.

[37] Trecho do voto disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=91&documento\\_sequencial=148364779&registro\\_numero=202002014981&peticao\\_numero=&publicacao\\_data=20220627&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=148364779&registro_numero=202002014981&peticao_numero=&publicacao_data=20220627&formato=PDF). Acesso em 29.11.2023.

[38] De acordo com o art. 68 do Código Penal, a sanção penal obedece critério trifásico de fixação: inicialmente valoram-se as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, a fim de assentar a pena base; posteriormente, valoram-se as atenuantes e agravantes; por último, as causas de aumento ou diminuição da pena, como é o caso daquela prevista no art. 155, § 1º, do CP. Em se tratando de operações realizadas de modo sequenciado, a valoração da

circunstância “período noturno” na primeira fase da dosimetria implicará resposta penal menos gravosa quando cotejada com sua aplicação na terceira fase, quando já analisadas as duas fases anteriores.

[39] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2011. p. 87.

[40] “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”. (grifou-se).