



## Cezar Bittencourt: OAB erra na formulação de questão do Exame de Ordem

Façamos um sucinto exame da questão prática proposta no Exame X da OAB, nos seguintes termos:

### PRIMEIRA PARTE – FÁTICO-JURÍDICA

#### I – TEXTO LEGAL

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

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

(..)

*§ 5º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.*

• § 5º acrescentado pela Lei n. 9.426, de 24-12-1996.

#### II – ENUNCIADO DA QUESTÃO PRÁTICA PROPOSTA

“Leia com atenção o caso concreto a seguir:

Jane, no dia 18 de outubro de 2010, na cidade de Cuiabá – MT, subtraiu veículo automotor de propriedade de Gabriela. Tal subtração ocorreu no momento em que a vítima saltou do carro para buscar um pertence que havia esquecido em casa, deixando-o aberto e com a chave na ignição. Jane, ao ver tal situação, aproveitou-se e subtraiu o bem, com o intuito de revendê-lo no Paraguai.

Imediatamente, a vítima chamou a polícia e esta empreendeu perseguição ininterrupta, tendo prendido Jane em flagrante somente no dia seguinte, exatamente quando esta tentava cruzar a fronteira para negociar a venda do bem, que estava guardado em local não revelado. Em 30 de outubro de 2010, a denúncia foi recebida. No curso do processo, as testemunhas arroladas afirmaram que a ré estava, realmente, negociando a venda do bem no país vizinho e que havia um comprador, terceiro de boa-fé arrolado como testemunha, o qual, em suas declarações, ratificou os fatos. Também ficou apurado que Jane possuía maus antecedentes e reincidente específica nesse tipo de crime, bem como que Gabriela havia morrido no dia seguinte à subtração, vítima de enfarte sofrido logo após os fatos, já que o veículo era essencial à sua subsistência. A ré confessou o crime em seu interrogatório. Ao cabo da instrução criminal, a ré foi condenada a cinco anos de reclusão no regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo sido levada em consideração a confissão, a reincidência específica, os maus antecedentes e as consequências do crime, quais sejam, a morte da vítima e os danos decorrentes da subtração de bem essencial à sua subsistência.

A condenação transitou definitivamente em julgado, e a ré iniciou o cumprimento da pena em 10 de novembro de 2012. No dia 5 de março de 2013, você, já na condição de advogado(a) de Jane, recebe em seu escritório a mãe de Jane, acompanhada de Gabriel, único parente vivo da vítima, que se identificou como sendo filho desta. Ele informou que, no dia 27 de outubro de 2010, Jane, acolhendo os conselhos maternos, lhe telefonou, indicando o local onde o veículo estava escondido. O filho da vítima, nunca mencionado no processo, informou que no mesmo dia do telefonema, foi ao local e pegou o veículo de volta, sem nenhum embaraço, bem como que tal veículo estava em seu poder desde então.



Com base somente nas informações de que dispõe e nas que podem ser inferidas pelo caso concreto acima, redija a peça cabível, excluindo a possibilidade de impetração de Habeas Corpus, sustentando, para tanto, as teses jurídicas pertinentes”. (Valor: 5,0).

### III – GABARITO COMENTADO PELA OAB

O candidato deve redigir uma revisão criminal, com fundamento no art. 621, I e/ou III, do Código de Processo Penal. Deverá ser feita uma única petição, dirigida ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, onde o candidato deverá argumentar que, após a sentença, foi descoberta causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 16 do Código Penal, qual seja, arrependimento posterior. O agente, anteriormente ao recebimento da denúncia, por ato voluntário, restituiu a res furtiva, sendo certo que tal restituição foi integral e que, portanto, faz jus ao máximo de diminuição. Assim, deverá pleitear, com base no art. 626 do Código de Processo Penal, a modificação da pena imposta, para que seja considerada referida causa de diminuição de pena.

Além disso, o fato novo comprova que o veículo não chegou a ser transportado para o exterior, não tendo se iniciado qualquer ato de execução referente à qualificadora prevista no §5º do artigo 155 do Código Penal. Por isso, cabível a desclassificação do furto qualificado para o furto simples (artigo 155, caput, do Código Penal).

Como consequência da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 16 do CP e da desclassificação do delito, o examinando deverá desenvolver raciocínio no sentido de que, em que pese a reincidência da revisionanda, o STJ tem entendimento sumulado no sentido de que poderá haver atribuição do regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (verbete 269 da Súmula do STJ).

Além disso, o fato de a revisionanda ter reparado o dano de forma voluntária prepondera sobre os maus antecedentes e demonstra que as circunstâncias pessoais lhe são favoráveis. Por isso, a fixação do regime fechado se mostra medida desproporcional e infundada, devendo ser abrandado o regime para o semiaberto, com base na no verbete 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, o examinando deverá elaborar, com base no art. 626 do CPP, os seguintes pedidos: i. a desclassificação da conduta, de furto qualificado para furto simples; ii. a diminuição da pena da pena privativa de liberdade; iii. a fixação do regime semiaberto (ou a mudança para referido regime) para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

(...)

### SEGUNDA PARTE – AVALIAÇÃO JURÍDICA CONSIDERAÇÕES SOBRE A TERRITORIALIDADE E TIPICAÇÃO

Antes de mais nada, deve-se examinar, preliminarmente, um aspecto básico, que, na nossa concepção, funciona como um **verdadeiro pressuposto** desse crime, qual seja, a *territorialidade*, que é, ao mesmo tempo, uma *elementar normativa especial* do crime de “furto qualificado de veículo automotor”. Esse aspecto é fundamental, na medida em que a *qualificadora especial* somente se configura “*se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior*” (§ 5º do art. 155). Dito de outra forma, não haverá essa qualificadora se a *res furtiva*, representada por veículo



automotor, não sair dos limites territoriais da Unidade Federativa onde foi subtraído!

Nesse sentido, tivemos oportunidade demonstrar em nosso **Tratado de Direito Penal**, Parte Especial, volume 3, 2013, p. 81: “b) para a configuração da nova qualificadora, não basta que a subtração seja de veículo automotor: é indispensável que este ‘venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior’. Se o veículo automotor ficar na mesma unidade federativa, não incidirá a qualificadora, pois essa elementar integra o aspecto material dessa especial figura qualificada”. Reforçando, é indispensável que o veículo automotor “venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”.

Pela construção da questão prática e da proposta exigida pela OAB, no entanto, constata-se que **foi ignorada que a qualificação do crime não ocorre somente com o transporte da *res furtiva* “para o exterior”, mas também quando é transportado “para outro Estado”**. Trata-se de elementar típica que não admite interpretação diversa. O elemento subjetivo não pode ser presumido, mas deve decorrer das próprias circunstâncias fáticas.

Com efeito, no **enunciado da questão proposta** afirma-se que *Jane foi presa quando tentava cruzar a fronteira do Paraguai para negociar o veículo*; por outro lado, a OAB afirma no “gabarito comentado”, que é o seu modelo de resposta esperada, “que o veículo não chegou a ser transportado para o exterior, não tendo se iniciado qualquer ato de execução referente à qualificadora prevista no §5º” do artigo 155 do CP.

Veja-se, nos próprios termos do “gabarito comentado” da OAB, *verbis*:

“Além disso, o fato novo comprova que o veículo não chegou a ser transportado para o exterior, não tendo se iniciado qualquer ato de execução referente à qualificadora prevista no §5º do artigo 155 do Código Penal. Por isso, cabível a desclassificação do furto qualificado para o furto simples (artigo 155, caput, do Código Penal)”.

Dessas afirmações da prova da OAB chega-se a seguinte conclusão: ou a OAB desconhece o tipo penal do “furto qualificado de veículo automotor” (ou esqueceu, o que é mais provável, que é suficiente o transporte da *res furtiva* para fora do estado), ou desconhecem a geografia de nosso País.

Ora, essa conclusão é inevitável, senão vejamos, segundo os dados propostos: o furto ocorreu em Cuiabá, Estado do Mato Grosso; a autora do furto foi presa na fronteira do Paraguai, e a OAB afirma que ela não saiu para o exterior, logo, deve-se concluir, não passou pela Bolívia! Ora, ou suprimimos o Estado do Mato Grosso Sul, reitegrando-o ao Estado de Mato Grosso (o que causaria uma justa revolução naquele Estado), ou os examinadores equivocaram-se na formulação da questão e na proposição da resposta desejada.

Constata-se, em outros termos, que a resposta pretendida pela OAB é juridicamente impossível, qual seja, a de *desqualificar* o crime de furto de veículo automotor, por não configuração da qualificadora, na medida em que a ação foi praticada em Cuiabá e a autora foi presa na fronteira do Paraguai tentando entrar naquele País para vendê-lo, tendo percorrido, portanto, todo o Estado do Mato Grosso do Sul. Ou seja, transportou-o para outro Estado.



Examinando, enquanto doutrinador, o “furto de veículo automotor”, logo após a publicação da Lei nº 9.426, de 24-12-1996, fizemos as seguintes considerações:

"A Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, cria uma nova figura de *furto qualificado*, distinta daquelas relacionadas no § 4º do art. 155, sempre que a *coisa móvel*, objeto da ação, consistir em *veículo automotor* (automóveis, caminhões, lanchas, aeronaves, motocicletas, *jet skis* etc.). Com essa nova qualificadora (§ 5º), pretendeu-se inibir a conduta de *subtrair veículo automotor*, exasperando exageradamente a sanção correspondente, fixando-a entre três e oito anos de reclusão.

(...)

Essa nova previsão merece, objetivamente, dois destaques: a) esqueceu-se de tipificar o chamado *furto de uso*, tão corriqueiro na atualidade, que, reconhecidamente, constitui figura atípica; e b) para a configuração da nova qualificadora, não basta que a subtração seja de veículo automotor: é indispensável que este ‘venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior’. Se o veículo automotor ficar na mesma unidade federativa, não incidirá a qualificadora, pois essa elementar integra o aspecto material dessa especial figura qualificada”.

Sintetizando, os furtos de veículos automotores, em geral, não são atingidos pela nova qualificadora acrescentada pela referida lei. Em outros termos, as tradicionais e costumeiras subtrações de veículos automotores, que perturbam o cotidiano do cidadão, não serão alcançadas pela nova qualificadora se não vierem, efetivamente, “a ser transportados para outros Estados ou para o exterior”. Com efeito, a incidência da qualificadora, nos termos legais, exige que o veículo tenha ultrapassado os limites territoriais do Estado-membro ou do próprio território nacional, pois se trata de elementar objetiva espacial.

Essa qualificadora cria um problema sério sobre o momento consumativo da nova figura delitiva. Afinal, pode um tipo penal apresentar dois *momentos consumativos* distintos, um no momento da subtração e outro quando ultrapassar a fronteira de um Estado federado ou do próprio País? Com efeito, quando o agente pratica a subtração de um veículo *automotor*, em princípio é impossível saber, com segurança, se será transportado para outro Estado ou para fora do território nacional. Assim, essa qualificadora somente se consuma quando o veículo ingressa efetivamente em outro Estado ou em território estrangeiro. Na verdade, não basta que a subtração seja de veículo automotor. É indispensável que este “venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”, atividade que poderá caracterizar um *posterius* em relação ao crime anterior já consumado. Nessas circunstâncias, é impossível, em regra, reconhecer a tentativa da figura qualificada quando, por exemplo, um indivíduo é preso, no mesmo Estado, dirigindo um veículo furtado.



Teria sido mais feliz a redação do § 5º se tivesse, por exemplo, se utilizado do tradicional *elemento subjetivo do injusto*, isto é, prevendo, como *especial fim de agir*, a *venda* ou *transporte* “para outro Estado ou para o exterior”. Como se sabe, o *especial fim de agir*, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem se confunde com ele. Efetivamente, os elementos subjetivos especiais do injusto especificam o dolo, sem com ele se confundir. Não é necessário que se concretizem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor”.

Enfim, *venia concessa*, por mais que não se queira ser deselegante, nessa questão, a OAB foi reprovada!!! Errou grosseiramente, tanto na formulação da questão (excluiu expressamente a única peça viável, um HC), como também e, principalmente, na resposta exigida! A conduta descrita, a despeito de suas lacunas, configura, em tese, o *furto qualificado de veículo automotor*, tipificado no § 5º do art. 155 do CP. Por isso, é juridicamente insustentável defender a desclassificação do crime, pelo simples de fato de o veículo furtado não ter sido transportado para o exterior, na medida e quem o foi para outro Estado.

Sem se falar que a indicação do local onde o veículo se encontrava (arrependimento) ocorreu antes do recebimento da denúncia. A defesa devia, portanto, ter sido diligente e fazer a prova durante a instrução criminal. Nova, portanto, foi a comprovação do fato, logo, extemporânea.

Concluindo, em uma análise superficial, nos limitamos a examinar a tipificação e a elementar normativa espacial do tipo penal qualificado. Consideramos, para esta tarefa preliminar, prejudicados os demais elementos, por não interessar aqui. Por isso, acreditamos que a questão proposta é nula de pleno direito, impondo-se a atribuição integral da nota correspondente a todos os examinandos, além da possível reparação de danos causados a todos.

**Date Created**

15/07/2013