

Juízo de tipicidade do seqüestro relâmpago

Hugo José Lucena de Mendonça*

Resumo

Após breve histórico acerca de evolução do conceito de tipo penal, procura o autor adequar o fato social “seqüestro relâmpago” ao rol das condutas selecionadas pelo legislador para serem alvo da repressão penal, perquirindo e demonstrando quais os dispositivos normativos que hoje o alcançam. Ao fim, definidas quais as condutas praticadas pelos que cometem o “seqüestro relâmpago” e realizado o Juízo de Tipicidade, conclui-se que o referido ilícito é plurissubsistente e possui duas hipóteses distintas de consumação que infringem capitulações jurídicas diversas.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o homem vive cercado pela ocorrência de fatos sociais. Dentre tais eventos, os gerados pela exteriorização da vontade dos indivíduos solicitam, a todo instante, a elaboração de normas que regulem a convivência entre eles.

Tem o presente ensaio, como pano de fundo, a adequação dessa dicotomia fato-norma ao acontecimento social do “seqüestro relâmpago”, ainda não acolhido especificamente pela legislação criminal pátria, conforme será analisado.

De fato, sob os ditames dos preceitos normativos, o homem vem sendo e sempre será tolhido em sua liberdade, já que seu comportamento deve estar invariavelmente adstrito aos limites ali impostos. Dessa forma, vislumbra-se um ilícito jurídico no exato instante em que qualquer integrante do corpo social olvida o cumprimento dos ditos preceitos, ultrapassando os liames neles traçados e, via de consequência, agindo em desacordo com o ordenamento vigente. O gênero ilícito jurídico, assim demonstrado, tem no ilícito penal a sua espécie mais relevante, tendo em vista serem protegidos neste último os bens de maior importância para os componentes da sociedade.

* Bacharel em Direito pela Unicap

Daí, decorre o raciocínio segundo o qual falar em Direito Penal significa discorrer acerca da violência exercida contra determinados bens, cuja tutela, necessariamente, precisa ser exercida pelas normas criminais, haja vista terem os demais ramos do Direito demonstrado a sua incapacidade de, sozinhos, conferirem aos mesmos a proteção indispensável. Já dizia Bettiol que o objetivo fundamental da norma penal é a tutela de bens, valores e interesses, para além dos quais inexistiria tutela possível ¹.

Possui, destarte, o Direito Penal natureza peculiar de meio de controle social formalizado e secundário, já que procura resolver conflitos interindividuais que se mostraram resistentes aos meios extrapenais de controle. Todo esse pensamento foi sintetizado por Binding, para quem o Direito Penal não constitui um “sistema exaustivo” de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que constituem o universo de bens do indivíduo; representa, sim, um “sistema descontínuo” que seleciona apenas alguns dos fatos considerados ilícitos por outros ramos da ciência jurídica ou, em outras palavras, considera em seu objeto tão-somente os ilícitos jurídicos que devem ser criminalizados ante a ineficácia da proteção extrapenal ².

Eis, portanto, o caráter fragmentário do Direito Penal, através do qual, num primeiro passo, seleciona-se o objeto a ser posto sob a proteção social e, posteriormente, confere-se relevância punitiva tão-somente às condutas que atinjam esse objeto ou, ao menos, visem a esse fim.

Assim, por ser, indiscutivelmente, o “sequestro relâmpago” um conjunto de ações repugnantes em qualquer sociedade, efetivamente deve ele fazer parte do rol das condutas selecionadas como alvo da repressão penal. Dessarte, é a finalidade deste ensaio perquirir quais dispositivos normativos que hoje o alcançam. Com efeito, da referida fragmentariedade surge uma construção tipológica individualizadora das condutas que são consideradas gravemente lesivas àqueles bens jurídicos que, por motivos já vistos, necessitam da tutela penal.

Esta a representação esquemática do tipo legal; figura que atravessou, desde os fins do século XIX e durante todo o século passado, um período de constantes modificações em seu conceito e campo de abrangência.

A fim de desenvolver o presente tema, é salutar a demonstração resumida de dita evolução, vez que, no seu decorrer, o tipo penal açambarcou inúmeros elementos que, embora não fizessem parte de seu conceito inicial, hoje são indispensáveis à sua configuração. Por conseguinte importa destacar como se deu e qual é o atual conceito de tipo penal, por que será através da análise dos elementos desse conceito que, mais à frente, poder-se-á realizar um juízo de tipicidade sobre a figura do “seqüestro relâmpago”.

De fato, fundamentais são os apontamentos históricos para, posteriormente, poder-se adequar a conduta praticada no “seqüestro relâmpago” a um ou a alguns tipos legais em específico, fazendo uso para tanto do denominado “Juízo de Tipicidade”.

Cumpre, assim, destacar que a primazia conceitual de tipo delitivo é atribuída a Ernst Von Beling, que o definiu, simplesmente, como a “*descrição objetiva do crime realizada pela norma penal*”. Entendia ele que a tipicidade era a proibição de causar o resultado típico e a antijuridicidade o choque da concretização deste resultado com a ordem jurídica.

Max Ernest Mayer tratou o assunto de forma pouco diferente, mas contribuiu sobremaneira para estender o conceito de tipo penal, pois, além de ter admitido a inclusão de elementos objetivos, acrescentou à definição de tipicidade a idéia de ser ela a *ratio cognoscendi* da ilicitude, isto é, em palavras de Miguel Reale Jr.³, considerou que “*a tipicidade revela indiciariamente a antijuridicidade*”.

E. Mezger, por sua vez, desenvolveu e defendeu a teoria dos elementos subjetivos e os pôs como integrantes do tipo. Afora isso, combateu a “neutralidade valorativa” do conceito de tipo enunciado por Beling e complementou o estudo de Mayer ao afirmar que a tipicidade seria muito mais do que um simples indício da antijuridicidade; seria, na realidade, a base desta, constituindo, assim, a sua *ratio essendi*.

Hans Welzel, no entanto, foi quem revolucionou o direito penal moderno e, particularmente, o conceito de tipo, ao apresentar sua doutrina finalista da ação, pela primeira vez, no trabalho intitulado *Kausalität und Handlung* (Causalidade e Ação). Com efeito, o saudoso jurista alemão, utilizando como ponto de partida um conceito ontológico de ação humana,

considerou que também o ordenamento jurídico possui limites, pois, a despeito de selecionar e determinar quais os comportamentos sociais que quer valorar e proibir (princípio da fragmentariedade do direito penal), não deve e não pode pretender ir além disso, porque não pode modificar os dados da própria realidade, quando valorados e incluídos nos tipos delitivos⁴. Em sua argumentação, Welzel cita o seguinte exemplo:

“O direito não pode ordenar às mulheres que apressem a gravidez e que em seis meses dêem à luz crianças capazes de sobreviver, como também não pode proibi-las de terem abortos. Mas pode o direito ordenar-lhes que se comportem de modo a não facilitar a ocorrência de abortos, assim como proibi-las de provocarem abortos. As normas jurídicas não podem, pois, ordenar ou proibir meros processos causais, mas somente atos orientados finalisticamente (ações) ou omissões desses mesmos atos”⁵.

A partir dessa noção, desenvolve-se o finalismo sob o impulso da assertiva de que o homem sempre atua de forma consciente, orientado pelo seu saber causal em busca de um objetivo previamente determinado.

A despeito de todas as críticas que são feitas a esse pensamento, principalmente as de que os atos automáticos, inconscientes bem como o comportamento culposos não possuem como nota característica a “finalidade” e, deixando de lado também toda a defesa que Welzel e seus seguidores fizeram dessa nova doutrina, o importante a destacar é que ela desloca, e, quanto a isso, poucas são as contestações que subsistem, o dolo e a culpa para o interior do injusto, transformando com isso toda a estrutura do tipo penal.

Dado o ensejo, surgiram os tipos penais dolosos e os tipos penais culposos: os primeiros descrevem explícita ou implicitamente, como um de seus elementos essenciais, o dolo; os últimos, a culpa *stricto sensu*⁶. Como consequência, formou-se um novo conceito de culpabilidade, um tanto quanto esvaziado, eis que puramente normativo, mas cuja restrição foi extremamente relevante para que o tipo penal tomasse a abrangência hoje conhecida e aceita de forma tão ampla.

Presentemente, vige a lógica de que, se o tipo penal é o modelo de ação proibida, deve ele exprimir todos os elementos essenciais da ação descrita, contendo, assim, não apenas o elemento valorativo que espelha o seu conteúdo material e atua como fator limitativo do juízo de adequação típica como também os elementos objetivos e subjetivos da ação do agente.

2 JUÍZO DE TIPICIDADE

Nossas atuais normas penais obedecem a essa nova formatação da estrutura delitiva e estão nelas contidas todas as condutas proscritas pela nossa sociedade. Assim, para que qualquer um do povo seja destinatário de uma sanção de natureza criminal, faz-se mister, a princípio (pois não se está analisando a ilicitude e a culpabilidade da ação), que a conduta concreta seja idêntica à conduta paradigmática traçada numa das normas penais vigentes (*nulla poena sine praevia lege*); e o esforço intelectual que o intérprete faz para saber, em cada caso específico, qual das normas penais prevê a ação incriminada é o que se chama de “Juízo de Tipicidade”.

Consiste, portanto, o “Juízo de Tipicidade” na separação de cada um dos elementos da conduta tida como ilícita para posterior contraste entre eles e os elementos das condutas descritas abstratamente numa ou em algumas capitulações jurídicas, até que se encontre a identidade entre uma e outra. É a busca do intérprete pelo tipo ou tipos penais que possuam, ainda que previstos abstratamente, os elementos componentes da conduta do agente.

Com efeito, ensina o festejado Cezar Roberto Bitencourt que

“Há uma operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei. Essa operação que consiste em analisar se determinada conduta apresenta os requisitos que a lei exige, para qualificá-la como infração penal, chama-se “Juízo de Tipicidade”⁷.

2.1 JUÍZO DE TIPCIDADE DO “SEQÜESTRO RELÂMPAGO”

O primeiro passo, então, para realizar um “Juízo de Tipicidade” do “Seqüestro Relâmpago”, é definir qual é a conduta praticada pelos delinqüentes que o consumam.

Como é cediço, o seqüestro relâmpago constitui-se num fato social cada vez mais freqüente. Também é sabido não existir no Código Penal Brasileiro o tipo denominado “seqüestro relâmpago”, que é, na realidade, um nome impróprio, desprovido de precisão técnica. De uma forma ou de outra, novo ou não tipificado especificamente, a sua conduta é hoje possibilitada em função do avanço tecnológico, que não podia ser previsto pelo legislador de 1940.

Em razão dessas constatações, restou aos operadores do Direito a interpretação dos tipos penais já existentes de forma a adequar o fato, como já se disse, impropriamente denominado “seqüestro relâmpago”, a algum ou alguns deles. Eis o objetivo deste trabalho.

De fato, o uso demasiadamente continuado de cheques pelos integrantes da classe média e da alta, o acesso facilitado a bens de consumo que interessam aos marginais, a possibilidade de saques de dinheiro em espécie em bancos (caixas) eletrônicos cujo funcionamento não é interrompido (24 horas), dentre outras realidades do nosso cotidiano, são, incontestavelmente, as causas propulsoras do aparecimento e da proliferação da prática do delito em discussão.

Reflexo ainda da inversão de valores que vivenciamos, na qual o respeito pela liberdade e integridade alheias anda esquecido, o “seqüestro relâmpago”, como o próprio nome já exprime, consiste inicialmente na privação da liberdade exercida por um ou mais meliantes contra determinada pessoa ou pessoas, ainda que dita privação perdue por espaço de tempo inferior ao que normalmente se verifica na ocorrência de um seqüestro propriamente dito.

Com finalidade meramente didática, passa-se a analisar a conduta do ilícito em foco como sendo praticada apenas por um agente contra uma única vítima, tendo em vista ser importante, não a particularidade referente ao concurso de pessoas, mas, sim, aquela respeitante à adequação típica.

Como sói acontecer na espécie, a intenção do autor do fato é, geralmente, dupla, pois visa ele, a uma, a subtrair da vítima alguns de seus pertences, como relógio, carteira, celular, bolsa, carro, óculos, pulseira e o que mais de valor estiver em seu poder; e, a duas, constranger a vítima a lhe entregar o cartão da sua conta corrente bem como a respectiva senha para, posteriormente, estando a vítima ainda com a sua liberdade privada, serem efetuados saques em caixas eletrônicos de dinheiro em espécie.

É essencial frisar, no entanto, que, apesar de ser normal a germinação na mente do delinqüente da idéia de promover todos os atos supradescritos, nem sempre podem os mesmos ser praticados em sua totalidade pelos motivos mais diversos, os quais estão além do querer do agente.

Por isso é indispensável a constatação de que o seqüestro relâmpago, como fato social não tipificado com esse *nomem iuris*, possui **duas hipóteses de consumação**, a saber:

1. na primeira, o criminoso consegue pôr em prática tudo aquilo que idealizou, pois, privando a liberdade da vítima, subtrai um ou alguns pertences que estavam na posse da mesma e ainda realiza saques em caixas eletrônicos com o cartão bancário desta;
2. na segunda, contudo, por um motivo qualquer (ex: a vítima estava só com a carteira e nesta não havia dinheiro nem cheques; ou o agente, receoso por estar praticando um delito, concentrou-se apenas nos saques realizados nos caixas eletrônicos e não buscou as subtrações etc), o meliante, após privar a vítima de sua liberdade, mas sem subtrair-lhe objeto algum, apenas a coage a efetivar saques nos chamados bancos 24 horas ou a tolerar que tal seja feito com o seu cartão bancário.

De plano, verifica-se, com facilidade, que o ilícito, vulgarmente denominado de “seqüestro relâmpago”, não se exaure no ato único de o delinqüente exigir o fornecimento pela vítima da senha do cartão bancário, como alguns autores chegaram a pensar. O fato social conhecido por “se-

qüestro relâmpago” é plurissubsistente, ou seja, sua execução desdobra-se em, no mínimo, dois atos sucessivos, de vez que sempre estão presentes, pelo menos, a privação da liberdade e a coação acima citada.

De imediato, parte-se para análise da conduta mais freqüente que, sem dúvida alguma, é a primeira hipótese.

2.1.1 ANÁLISE DA 1ª HIPÓTESE DE OCORRÊNCIA DO “SEQÜESTRO RELÂMPAGO” -

Antes de passar ao Juízo de Tipicidade propriamente dito da primeira situação, cumpre, no entanto, fazer menção à edição, já não mais tão recente, da Lei nº 9.426/96. Dita norma alterou em três pontos o art. 157, do Cód. Penal, mas merece consideração tão-somente o acréscimo do inc. V ao §2º, do citado artigo. Dispõe, textualmente, o aludido parágrafo e inciso:

“Art. 157 – omissis...

§2º – A pena aumenta-se de um terço até a metade:

V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo a sua liberdade”.

Parece que a intenção do legislador foi a de alcançar, com essa nova previsão legal, exatamente o objeto em estudo, e não faltaram doutrinadores para afirmar que o seu intento restou coroado de êxito. Outros, porém, defenderam que o legislador careceu de maior técnica e precisão na formulação da conduta tipificada pelo supratranscrito preceito, não conseguindo, assim, atingir o seu explícito desiderato. Este último entendimento afigura-se hoje como dominante, até mesmo entre nossos congressistas, vez que o Deputado Federal Eduardo Campos já propôs outro projeto de lei cuja intenção declarada é tipificar o seqüestro relâmpago (projeto de lei nº 5.506/01).

A análise da questão pode remeter a uma opinião intermediária, nos termos a seguir expostos.

Apenas para lembrar, a hipótese que será agora analisada é a do criminoso que, por conseguir pôr em prática tudo aquilo que idealizou na

fase da cogitação do *iter criminis*, subtrai um ou alguns pertences do ofendido e ainda obtém êxito quanto à efetuação de saques em caixas eletrônicos com o cartão bancário deste. De forma objetiva, pode-se dizer que o agente praticou: a) a abordagem à vítima, utilizando-se de violência ou sob a ameaça de, do que decorreu a privação da liberdade durante todo o itinerário do ilícito; b) o apossamento dos bens de propriedade da vítima, tais como carteira, celular, relógio etc; c) a coação para que o ofendido efetuasse saques ele próprio ou fornecesse ao delinqüente a senha do seu cartão bancário e, por fim, d) a efetivação dos saques nos caixas eletrônicos com a posterior liberação da vítima.

Verifica-se, de logo, que o ato de privar a liberdade foi praticado pelo delinqüente com a finalidade específica de assegurar a consumação dos atos posteriores, os quais, efetivamente, importaram em prejuízo ao patrimônio da vítima. Pode-se dizer, portanto, que o ato ilícito consumado, quando da privação da liberdade da vítima, foi cometido com o fim único de possibilitar o sucesso de toda a empreitada criminosa, isto é, tanto do desapossamento dos pertences da vítima quanto dos saques de dinheiro nos bancos 24 horas.

Assim, tendo em vista ser a consumação das subtrações e dos saques o motivo que leva o meliante a praticar o “seqüestro relâmpago”, analisar-se-á primeiramente a tipificação dessas condutas (subtração/saque) para, apenas posteriormente, adequar-se ao fato típico já delineado o elemento privação da liberdade.

Posto isso, tem-se que a primeira ação a ser tipificada (apossar-se o agente dos bens que estão em poder da vítima) configura, ineludivelmente, o tipo penal descrito no “caput” do art. 157, do Cód. Penal. De fato, conforme podem ser facilmente constatados, todos os elementos integradores do delito de roubo estão presentes na referida conduta.

Como um crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa e, por essa razão, a figura do delinqüente que pratica os chamados “seqüestros relâmpagos” adapta-se perfeitamente ao sujeito ativo previsto abstratamente pela norma.

Igualmente, a conduta descrita na aludida capitulação jurídica (art. 157 CP) espelha perfeitamente a ação sob comento, pois prevê que pratica

roubo quem “*Subtrair coisa móvel alheia...*”, não havendo, ainda, como negar a presença do elemento normativo do tipo, especificado no termo “*alheia*”, vez que evidentemente não será subtraído bem de propriedade do autor do fato. Ademais, estão presentes, na ação delituosa em tela, tanto o dolo, isto é, a vontade de subtrair (*animus rem sibi habendi*), quanto o elemento subjetivo especial do tipo contido na expressão “...*para si ou para outrem...*”.

E, por fim, constata-se que o desapossamento em questão somente foi possível graças à ação violenta ou terrivelmente ameaçadora do agente, conforme exigência expressa do dispositivo em foco.

Assim, lembrando a conduta sob análise, pode-se ter como certa a infringência pelo agente, numa primeira ação, do tipo penal de roubo, haja vista o desapossamento que sofreu a vítima de seu celular, de seu relógio, de sua pulseira, de seu carro etc. Questiona-se, no entanto: e a coação exercida sobre a vítima para que ela própria efetue os saques nos caixas eletrônicos ou venha a fornecer a senha de seu cartão bancário não estaria também compreendida na consumação do clássico delito contra o patrimônio (roubo)? Acredita-se que não, e grande parte da doutrina e jurisprudência, até mesmo a do Pretório Excelso, tem-se manifestado nesse sentido.

Seguindo essa orientação, a coação supracitada configura, na realidade, um crime de extorsão e razão assiste aos que assim se posicionam pelos fundamentos abaixo perfilados.

O eminente Damásio de Jesus, em artigo de sua lavra denominado “*Seqüestro Relâmpago*”⁸, disserta esplendidamente acerca do enquadramento típico da conduta delituosa que consiste no constrangimento da vítima pelo sujeito ativo para efetivar os saques ou entregar o cartão magnético e fornecer a respectiva senha. Segundo explica o renomado doutrinador, existem três orientações que distinguem o tipo penal de roubo do tipo de extorsão, duas das quais minoritárias e uma outra, hoje, amplamente dominante entre os juriconsultos.

De acordo com a primeira das teorias minoritárias, o crime de extorsão reclama um intervalo temporal entre a conduta constrangedora do autor, o comportamento da vítima e a obtenção da indevida vantagem econô-

mica; lapso durante o qual a vítima não pode ficar fisicamente à mercê do extorsionário, o que diferenciaria essa capitulação da do roubo. Para os que defendem essa teoria, a conduta de constranger alguém a fornecer sua senha de acesso aos caixas eletrônicos constituiria crime de roubo e não de extorsão, pois que, conforme Magalhães Noronha ⁹, não há extorsão quando o mal denunciado é atual ou iminente e a obtenção do objeto material, contemporânea.

Entretanto, com seu brilho habitual, Nelson Hungria preleciona:

“... dizer-se que no roubo a violência e a locupletação se realizam no mesmo contexto de ação, enquanto na extorsão há um lapso de tempo, ainda que breve, entre uma e outra, é distinguir onde a lei não distingue. Tanto pode haver extorsão com violência atual e locupletação futura quanto com violência e locupletação contemporâneas” ¹⁰.

Na realidade, embora a teoria *sub examine* advenha da doutrina italiana, mais especificamente da lição do iluminado mestre Francesco Carrara que dizia *“no roubo o mal é iminente e o proveito contemporâneo; na extorsão, o mal prometido é futuro e futura a vantagem a que se visa”*, não há substrato jurídico algum que a ampare no ordenamento vigente em nosso país.

A segunda das correntes minoritárias citadas por Damásio de Jesus esposa a idéia de que, no roubo, o agente toma a coisa ou obriga a vítima (sem opção) a entregá-la, enquanto, na extorsão, a vítima pode optar entre acatar a ordem ou oferecer resistência: no primeiro, haveria *contractatio*; na outra, *traditio*.

Na esteira desse entendimento, a ação em estudo (constranger alguém a fornecer sua senha de acesso aos caixas eletrônicos) também configura o crime de roubo e não extorsão, haja vista estar a vítima, como dito, sem poder optar por agir de forma diferente (v. RSTJ 104/489 e RT 718/429).

A crítica feita, todavia, é a de que, se aplicada essa orientação, haveria um esvaziamento do tipo legal previsto no art. 158, do Cód. Penal

(extorsão), posto que apenas, em raríssimos casos concretos, teria o julgador prova suficiente de que na psique do constrangido tinha ele a opção de entregar ou não ao malfeitor o bem por ele visado. Ademais, como é sabido, toda a teoria do delito, hoje baseada na responsabilidade subjetiva, tem como referencial o subjetivismo do agente criminoso. Noutras palavras, funda-se no processo causal que toma forma no campo intelectual do autor do fato e exterioriza-se através de sua atividade.

Ora, condicionar a ocorrência de determinado tipo penal ao subjetivismo do sujeito passivo representa um ato de repúdio à moderna teoria do delito, vez que importa num retrocesso à responsabilidade objetiva e numa negação da humanização do direito penal. Impunha-se, então, que o tino diferenciador fosse baseado em elementos objetivos ou, se subjetivos, relacionados ao agente criminoso. Dessa necessidade, eis que surgiu a última orientação, hoje indiscutivelmente majoritária, segundo a qual *“o critério mais explícito e preciso na diferenciação entre a extorsão e o roubo é o da prescindibilidade ou não do comportamento da vítima”*¹¹.

Conforme explicita Damásio no artigo supra-referido,

“quando o autor pode obter o objeto material dispensando a conduta da vítima, trata-se de roubo; quando, entretanto, a consecução do escopo do agente depende necessariamente da ação do sujeito passivo, cuida-se de extorsão”.

Com efeito, está ao inteiro arbítrio do ladrão, pratique a vítima algum ato ou não, apossar-se da carteira, da bolsa, do relógio, do celular, do carro... Ele detém o domínio do resultado do ilícito. Porém, doutra sorte, não se dispondo a vítima a efetivar os saques ou a fornecer a senha de seu cartão bancário, não haverá saque algum a ser efetuado nos caixas eletrônicos; o domínio do resultado é da vítima.

Quando se fala em domínio do resultado, não se está fazendo menção à opção da vítima em agir ou não agir da forma solicitada pelo coator; está-se referindo ao fato de que o marginal não conseguirá, de

forma alguma, atingir seu desiderato sem que a vítima pratique pelo menos um ato. Por exemplo, se a vítima, ao ser abordada pelo assaltante, desmaiar ou entrar em estado de choque, o meliante, naquele instante, poderá até praticar a extorsão, posto que essa se consuma com o mero constrangimento (crime formal), mas exauri-la, efetuando saques nos caixas eletrônicos, será impossível.

Aí, nesse entendimento, parece estar a diferenciação perfeita entre roubo e extorsão.

Nesse diapasão, conclui-se que, na **hipótese** sob análise – a do criminoso que subtrai um ou alguns pertences do ofendido e ainda efetua saques em caixas eletrônicos com o cartão bancário deste – houve, conforme incansável demonstração, um crime de roubo e outro de extorsão. De notar que a ida da vítima ao banco 24 horas ou a efetuação de saques pelo autor do fato constitui-se em mero exaurimento do ilícito extorsão, consumado desde a efetiva coação do agente sobre a vítima.

Por serem crimes que, embora do mesmo gênero, não são da mesma espécie, inadmite-se, conforme remansosa jurisprudência, inclusive da Suprema Corte, continuidade delitiva entre o roubo e a extorsão (v. RTJ 100/940 e RT 733/696). Deve, portanto, o autor do fato sob comento responder por roubo em concurso material com a extorsão.

Contudo resta à moldura típica que se está desenhando o enquadramento do ato criminoso praticado quando da privação da liberdade do sujeito passivo.

Alguns intérpretes sustentam que, por existir um conflito aparente de normas penais, deve ser aplicado na espécie o princípio da consunção ou absorção, segundo o qual o crime-meio deve sempre ser absorvido pelo crime-fim. Argumentam que a privação de liberdade, *in casu*, por ter servido de meio para a consumação do roubo e da extorsão, restou absorvida por um ou por outro e, dessa forma, em nada influenciaria no momento de se definirem quais os tipos penais transgredidos pelo agente.

Há, nesse posicionamento, entretanto, um equívoco quanto ao princípio regente do conflito aparente de normas a ser aplicado. O ato que importa em privação de liberdade tanto está descrito, de forma genérica, no art. 148, do Código Penal, sob o *nomem juris* de “seqüestro ou cárcere

privado”, quanto noutros dispositivos do mesmo Estatuto Substantivo os quais, no entanto, prevêem-no inserido num contexto específico. É o que ocorre, por exemplo, no inc. V, do §2º, do art. 157 (roubo qualificado pela restrição da liberdade), e no *caput*, do art. 159 (extorsão mediante seqüestro).

Ora, como se sabe, de acordo com a doutrina majoritária, o chamado conflito aparente de normas pode ser solucionado por meio da aplicação de três princípios: o da especialidade, o da subsidiariedade e o, já citado, da consunção ou absorção.

Aplica-se o primeiro quando uma norma penal, dita especial, reúne todos os elementos de uma outra (norma geral) acrescidos de mais algum, denominado elemento especializante. Eis a solução procurada. Como visto, o art. 148 do C.P. é a norma penal geral no que respeita ao ato ilícito “privação da liberdade”. Contudo, quando esse ato ilícito é praticado num contexto específico – durante a consumação de um roubo ou de uma extorsão – deve-se aplicar não o art. 148, mas sim os dispositivos que prevêem o elemento especializante, ou seja, o contexto no qual o ato foi praticado (art. 157, §2º, V, e art. 159, *caput*, ambos do C.P.). Por esse motivo, razão jurídica não há para que se aplique, em vez do princípio da especialidade, o da consunção para resolver essa pendenga.

Ademais, afora a constatação de que o caso em estudo se adapta com perfeição ao princípio da especialidade, cumpre trazer à baila esclarecedora lição de Cezar Roberto Bitencourt, a seguir transcrita:

*“o princípio fundamental para a solução do conflito aparente de normas é o princípio da especialidade que, por ser o de maior rigor, é o mais adotado pela doutrina. Os demais princípios são subsidiários e somente devem ser lembrados quando o primeiro não resolver satisfatoriamente o conflito”*¹². (grifo inexistente no original)

Destarte, muito embora tenha a privação de liberdade sido praticada para garantir o sucesso da empreitada criminosa por completo, afastada está tanto a absorção desta pelo roubo ou pela extorsão quanto o cúmulo

material desses com o tipo de seqüestro ou cárcere privado.

Impõe-se, então, a modificação da tipificação acima definida – roubo simples em concurso material com extorsão – para ou qualificar-se o delito de roubo, ou transformar a mera extorsão em extorsão mediante seqüestro.

Mas qual dessas possibilidades se reveste com o manto da justiça e da exatidão técnica? Trocando em miúdos, deve-se reconhecer a privação da liberdade como integrante do delito de extorsão, deslocando-se a tipificação jurídica do art. 158 para o art. 159, do Cód. Penal pátrio ou, ao revés, deve-se reconhecê-la como parte componente do crime de roubo, qualificando essa capitulação?

Antes de responder a esses questionamentos, anote-se, de logo, que nenhum intérprete pode partir do pressuposto de que o agente, quando cogitou a prática do delito (seqüestro relâmpago), imaginou que iria, por intermédio da privação da liberdade da vítima, infringir dois tipos penais distintos (o roubo e a extorsão). É bem mais plausível que tenha ele imaginado que iria manter a vítima em seu poder, sob constante ameaça ou violência, para auferir o maior proveito possível dessa situação, subtraindo a maior quantidade possível de bens e, caso a vítima possuísse cartão bancário e nada mais impedisse o saque em caixas eletrônicos, efetivá-lo-ia também.

Isso precisa ser aclarado para que não se diga, durante a análise de um determinado caso concreto, que deve a privação da liberdade ser vista como parte integrante do roubo ou da extorsão a depender do fato típico praticado pelo agente em primeiro lugar.

Posto isso, passando à análise técnica do imbróglio, verifica-se que, embora esquematicamente seja possível a aceitação de ambas as alternativas, juridicamente se impõe a admissão daquela em que a privação da liberdade, nesta hipótese de "seqüestro relâmpago", é elemento do delito de roubo, qualificando-o, portanto, nos termos do supratranscrito inc. V, do §2º, do art. 157, do Código Penal pátrio.

Tal conclusão decorre, menos do fato de ter sido essa a intenção do legislador ao editar a Lei 9.426/96 do que da aplicação do

tradicionalíssimo princípio inspirador da atividade interpretativa no processo penal, qual seja, o do *favor rei*.

Conforme assinalou Bettiol,

“nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal (antinomia interpretativa), a obrigação é de se escolher a interpretação mais favorável ao réu” ¹³ (grifos inexistentes no original).

Se na antinomia interpretativa de uma única norma legal, autoriza-se a aplicação do princípio em foco (*favor rei*), evidentemente que tal também se dará quando houver conflito de normas sem solução proposta pelos princípios que o regem (especialidade, subsidiariedade e consunção).

Assim, finalizando o “Juízo de Tipicidade do Seqüestro Relâmpago” nesta **1ª hipótese** de sua ocorrência – subtração de pertences que estavam na posse da vítima e ainda efetivação de saques em caixas eletrônicos com o cartão bancário desta – conclui-se que o autor desse fato responderá pela prática do crime de roubo qualificado em concurso material com o de extorsão.

2.1.2 ANÁLISE DA 2ª HIPÓTESE DE OCORRÊNCIA DO “SEQÜESTRO RELÂMPAGO”

Por oportuno, merece ser dito novamente que o “seqüestro relâmpago”, como acontecimento social que é, possui duas hipóteses de ocorrência: a que foi acima analisada e aquela na qual o agente, após privar a liberdade da vítima, não subtrai nenhum de seus bens, mas apenas a coage a efetivar ela própria saques nos chamados bancos 24 horas ou a tolerar que tal seja feito com o seu cartão bancário.

Consumada essa **2ª hipótese**, surge um “seqüestro relâmpago” com um *iter criminis* menor, posto que menor é o número de ações praticadas, que são: a abordagem, de onde decorre a privação da liberdade, e o

desfalque no patrimônio da vítima exercido mediante saques em caixas eletrônicos. É essa restrita empreitada criminosa o foco atual do Juízo de Tipicidade que se está desenvolvendo.

Da mesma forma como foi estudado, quando da análise da **1ª hipótese** de ocorrência do “seqüestro relâmpago“, será primeiramente examinada a ação delituosa que importa em efetivo prejuízo patrimonial à vítima, guardando-se, para um segundo momento, o enquadramento do ato privativo da liberdade.

Assim, tem-se que, conforme demonstrado mediante as ponderações realizadas no tópico anterior, na prática do “seqüestro relâmpago“, o desfalque no patrimônio da vítima decorrente dos saques efetuados nos bancos 24 horas não pode ser tipificado como roubo. Configura, doutra sorte, o exaurimento de uma extorsão em virtude da imprescindibilidade de um comportamento da vítima, qual seja: a sua ida ao(s) caixa(s) eletrônico(s) ou, no mínimo, o fornecimento da senha de seu cartão.

E não se diga que o apossamento pelo criminoso do cartão bancário da vítima constituiria um delito autônomo (provavelmente roubo), pois, como se sabe:

- o cartão magnético, por não possuir valoração econômica própria, transforma-se num objeto insusceptível de ser posto, sozinho, sob a tutela da norma penal (v. RT 616/316);
- e, ainda que assim não fosse, estar-se-ia diante de uma situação evidente de prática de um crime-meio (agora, sim!), tanto pelo fato de a pretensa subtração do cartão magnético prestar-se, exclusivamente, para se atingir ao exaurimento da extorsão, quanto por não haver como se falar, *in casu*, na existência de norma geral ou especial.

Sabendo-se que não se trata de um crime de roubo, mas de uma extorsão, o componente “privação da liberdade“, como visto alhures, não pode ser por ela absolvido em função da previsão do art. 159, do Código Penal (extorsão mediante seqüestro), e da conseqüente aplicação do princípio da especialidade. Logo, o agente da **hipótese** do “seqüestro relâmpago” em estudo pratica tecnicamente uma extorsão mediante seqüestro.

À primeira vista, pode tal conclusão mostrar-se exagerada, dada a elevada punição abstratamente prevista na capitulação do art. 159, do Código Penal. Entretanto, repita-se, tecnicamente, parece não haver posicionamento mais acertado.

Há na doutrina a seguinte definição para o ilícito de extorsão mediante seqüestro: “*extorsão praticada tendo como meio para a obtenção da vantagem econômica a privação de liberdade de uma pessoa*”¹⁴. Ora, ocorrendo a **2ª hipótese** de “seqüestro relâmpago”, pode-se dizer que houve privação de liberdade? Sim. Houve extorsão? Sim. A privação foi cometida como meio para garantir a obtenção da vantagem econômica? Sim.

Diz o art. 159, do C.P., que comete extorsão mediante seqüestro quem “*Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate*”. Repetem-se os questionamentos: na hipótese de “seqüestro relâmpago” sob comento, alguém foi seqüestrado? Sim¹⁵. Essa ação foi praticada com o fim de obter-se alguma vantagem? Sim. Tal vantagem, de indiscutível natureza econômica, seria em favor do agente ou de algum outro comparsa seu? Óbvio. O agente impôs à vítima, como condição para ser restituída a sua liberdade, a prática de algum ato do qual iria decorrer a vantagem visada? Evidentemente que sim. Dessa forma, indubitavelmente, verifica-se a presença de todos os elementos do crime de extorsão mediante seqüestro na conduta praticada pelo autor do ilícito.

É razoável que alguém argumente não existir lógica na conclusão segundo a qual o criminoso “A”, que apenas efetuou saques em caixas eletrônicos com o cartão da vítima, responda por um crime hediondo, quando o agente “B”, que, além de ter efetuado tais saques, ainda subtraiu inúmeros pertences da vítima irá responder por crimes não-hediondos.

Tal constatação, entretanto, não é fruto da falta de lógica ou de precisão técnica da citada conclusão. Deve-se, sim, à atecnia do legislador na definição ou indicação dos delitos que passaram a ter o *status* de crimes hediondos. Ademais, em que pese o fato de o agente “A” não poder ser beneficiado por anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, sua pena máxima não poderá exceder os 15 anos de reclusão, enquanto que a pena máxima do agente “B” será de 25 anos de reclusão mais as multas

previstas em ambos os tipos infringidos.

Mutatis mutandis, a pena mínima daquele que praticou apenas os saques em caixas eletrônicos será de 8 anos de reclusão, enquanto que a pena mínima do que praticou os saques e as subtrações será de 9 anos e 4 meses de reclusão, além das referidas multas.

Esse quadro reforça a tese de que o legislador não se muniu de técnica e precisão suficientes quando, ao editar a lei dos crimes hediondos, valorou quais os tipos penais que deveriam ser detentores do referido *status* (lei 8.072/90 posteriormente modificada pela Lei 8.930/94).

3 CONCLUSÃO

Destarte, sob o fito de finalizar o presente ensaio, saliente-se novamente que tal fato social, vulgar e impropriamente conhecido por “seqüestro relâmpago”, possui duas hipóteses de ocorrência: a 1ª (v. item 2.1.1), onde se configura a prática de um roubo qualificado pela restrição da liberdade da vítima em concurso material com uma extorsão simples; e a 2ª (v. item 2.1.2), na qual se consuma um delito de extorsão mediante seqüestro.

Por tudo isso, estão os magistrados brasileiros diante de um terrível impasse: ou aplicam a norma penal vigente, utilizando-se da maior precisão técnica possível ou, por entenderem ser demasiadamente rigorosa a sanção cominada, utilizam-se de artifícios para escapar à técnica e aplicar aquilo que, em suas consciências, aparece como justo. Se, de um lado, é certo que o julgador não pode ser um tecnicista frio e calculista, pois que, se assim fosse, poder-se-ia substituí-lo por máquinas aplicadoras de normas; de outro, é cediço que a técnica desempenha papel fundamental na atividade judicante, uma vez que limita a valoração íntima decorrente das experiências de cada indivíduo.

As soluções apresentadas por intermédio de procedimentos atécnicos muito provavelmente serão ainda mais injustas do que as que dela derivam, vez que, em muitos casos, em virtude da discricionariedade e do arbítrio de cada intérprete, estar-se-ão tratando de maneira diferente situações semelhantes.

Em resumo, o aplicador do Direito, seja pela tradição da matéria com a qual lida diariamente, seja pela influência que seu comportamento gera sobre a sociedade, não tem a faculdade de, ao decidir uma questão, atirar ao fogo seus alfarrábios, manuais, orientações, os comentários dos mais cultos, enfim, o conhecimento jurídico que, durante tantos anos, levou para amearhar. Como diz Pierangeli: “*o conceito de crime é sempre um conceito jurídico. E é dentro desse conceito que devemos considerar a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade...*”¹⁶ (grifo nosso). Por outro lado, no momento da decisão, é fundamental que tenham voz ativa os valores do magistrado, seus princípios morais e suas experiências.

Como escolher entre opostos tão perigosos? Não existe resposta correta. Particularizando novamente a discussão para o assunto “seqüestro relâmpago”, tem-se que, hoje, cada julgador, pesando tecnicismo *versus* sentimento íntimo de justiça, age conforme indica sua consciência e é normal que se apresente como mais razoável a escolha da aparente justiça. Daí a grande divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, eis que a definição daquilo que é justo não é, nem de longe, concreta e segura.

Tem este ensaio, portanto, a proposta de chamar a atenção da comunidade jurídica ao “problema” posto aos julgadores no que tange à ocorrência e à tipificação do “seqüestro relâmpago”. Durante o decorrer deste trabalho, procurou-se aclarar aquilo que a técnica jurídica indica como solução para o julgador que se depara com uma consumação de um “seqüestro relâmpago” mas, ao mesmo tempo, foram apresentadas algumas outras soluções que ontologicamente escapam à técnica mais apurada, talvez numa tentativa de direcionar as decisões rumo à Justiça.

Não se pode olvidar que, ao se comparar a situação dos agentes que praticam cada uma das **hipóteses** acima comentadas, verifica-se uma distorção entre a gravidade dos atos cometidos e a punição a eles impostos. De fato, mesmo observando, como demonstrado, que é menor tanto a pena mínima quanto a máxima da conduta valorada como menos ofensiva (**2ª hipótese**), existe uma série de outros fatores que a tornam excessivamente gravosa. Por seu turno, àqueles que cometem a **1ª hipótese** do “seqüestro relâmpago”, embora tenham eles infringido dois tipos penais, a punição igualmente é pesada.

É preciso humanizar a situação, criar uma nova capitulação jurídica que tipifique o objeto de nosso estudo e, por fim, cominar uma pena condigna à realidade valorativa das condutas, de forma a bem reprimi-las sem se fazer das sanções um meio de sofrimento desnecessário aos agentes.

Por isso se tornam importantes projetos de lei, como o de nº 5.506/01 citado em epígrafe, pois que, apenas por intermédio deles, levar-se-á ao debate político essa situação de impasse ora registrada; e é indispensável que a comunidade, principalmente a jurídica, contribua com o bom andamento de tais projetos, aperfeiçoando-os e possibilitando uma análise rápida por parte dos congressistas pátrios.

NOTAS

- ¹ BETTIOL apud TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 6.
- ² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo : Revista dos tribunais, 1999. p. 43.
- ³ REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo : Revista dos tribunais, 2000. p. 42.
- ⁴ WELZEL apud TOLEDO, 1994, p. 96.
- ⁵ WELZEL apud TOLEDO, 1994, p. 96.
- ⁶ TOLEDO, 1994, p. 84.
- ⁷ BITENCOURT, 1999, p. 234.
- ⁸ JESUS, Damásio de. **Seqüestro relâmpago**. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: ago.2000.
- ⁹ NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 2, p. 266.
- ¹⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958, v. 7, p. 67.
- ¹¹ Revista dos Tribunais. n. 720, p. 438.
- ¹² BITENCOURT, 1999, p. 169.
- ¹³ BETTIOL apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. v. 1, p. 73.

- ¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2, p. 251.
- ¹⁵ O art. 148 do C.P. define o crime de seqüestro a ação de “*Privar alguém de sua liberdade...*”.
- ¹⁶ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 19.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 7.

JESUS, Damásio de. **Seqüestro relâmpago**. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: ago.2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 2.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

REALE JÚNIOR. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.