

2. DOÚTRINA NACIONAL

O “SABE” E O “DEVE SABER” COMO MODULADORES DA CULPABILIDADE – REFLEXÕES SOBRE INOVAÇÕES DA LEI 9.426/96

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

SUMÁRIO: 1. Considerações genéricas – 2. Postulados fundamentais das teorias do dolo e da culpabilidade – 3. Sentido e função das elementares “sabe” e “deve saber”, na definição do crime de receptação – 4. Reflexões sobre furto, roubo e receptação, segundo a Lei 9.426/96: 4.1 Furto de veículo automotor; 4.2 Roubo com novas majorantes: 4.2.1 Roubo de veículo automotor; 4.2.2 Roubo de veículo automotor com seqüestro da vítima; 4.2.3 Elevação da pena mínima no roubo qualificado; 4.3 Receptação: 4.3.1 Novas figuras da Lei 9.426: transportar – conduzir; 4.3.2 Receptação e favorecimento; 4.3.3 Receptação qualificada; 4.3.4 Paradoxal punição da receptação qualificada; 4.3.5 Elevação da pena da receptação majorada.

1. Considerações genéricas

O legislador brasileiro contemporâneo, ao definir as condutas típicas, continua utilizando as mesmas técnicas que eram adotadas na primeira metade deste século, ignorando a extraordinária evolução da Teoria Geral do Delito. Continua utilizando expressões, como “sabe” ou “deve saber”, que, outrora, eram adotadas para identificar a *natureza ou a espécie de dolo*. A utilização dessa técnica superada constitui uma demonstração evidente do desconhecimento do atual estágio da evolução do dolo e da culpabilidade. Ignora nosso legislador que a *consciência da ilicitude* não é mais elemento do dolo, mas da culpabilidade, e que tal *consciência*, por construção dogmática, não precisa mais ser *atual*, bastando que seja *potencial*, independentemente de determinação legal. A *atualidade* ou simples possibilidade de *consciência da ilicitude* servirá ape-

nas para definir o grau de censura, a ser analisado na dosagem de pena, sem qualquer influência na configuração da infração penal.

Essa técnica de utilizar em alguns tipos penais as expressões “sabe” ou “deve saber” justificava-se, no passado, quando a *consciência da ilicitude* era considerada, pelos causalistas, elemento constitutivo do dolo, a exemplo do *dolus malus* dos romanos, um *dolo normativo*. No entanto, essa construção está completamente superada como superada está a utilização das expressões “sabe” e “deve saber” para distinguir a natureza do dolo, diante da consagração definitiva da *teoria normativa pura* da culpabilidade, a qual retirou o dolo da culpabilidade colocando-o no tipo, extraindo daquele a *consciência da ilicitude* e situando-a na culpabilidade, que passa a ser puramente normativa.

Para entendermos melhor a nossa crítica sobre a equivocada utilização das

expressões “sabe” e “deve saber”, nas construções dos tipos penais, precisamos fazer uma pequena digressão sobre a evolução da teoria do delito, particularmente em relação ao dolo e à culpabilidade.

Com efeito, a teoria do delito encontra no finalismo um dos mais importantes pontos da sua evolução. Uma das mais caras contribuições da teoria finalista, que fora iniciada pelo *normativismo neokantiano*, foi a *extração* da culpabilidade de todos aqueles *elementos subjetivos* que a integravam até então e, assim, dando origem a uma concepção normativa “pura” da culpabilidade, a primeira construção verdadeiramente normativa, no dizer de Maurach.

Como se sabe, o finalismo desloca o dolo e a culpa para o *injusto*, retirando-os de sua tradicional localização a culpabilidade, com o que a *finalidade* é levada ao centro do injusto. Como consequência, na culpabilidade concentram-se somente aquelas circunstâncias que condicionam a *reprovabilidade* da conduta contrária ao Direito, e o objeto da reprovação repousa no próprio injusto.¹

O conteúdo da culpabilidade finalista exhibe substanciais diferenças em relação ao modelo *normativo neokantiano*, que manteve dolo e culpa como seus elementos. Diga-se, mais uma vez, que enquanto na *concepção causalista* o dolo e a culpa eram partes integrantes da culpabilidade, no *finalismo*, passam a ser elementos, não desta, mas do injusto. E também, na *corrente finalista*, se inclui o *conhecimento da proibição* na culpabilidade, de modo que o *dolo* é entendido somente como *dolo natural* (puramente psicológico) e não como no *causalismo*, que era considerado como o *dolus malus* dos romanos, constituído de

vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida.²

2. Postulados fundamentais das teorias do dolo e da culpabilidade

Para melhor compreendermos a estrutura do dolo e da culpabilidade e, particularmente, a desintegração e reestruturação de ambos, faz-se necessário, pelo menos, passar uma vista d'olhos na evolução das teorias do dolo e da culpabilidade.

A *Teoria Extremada do Dolo*, a mais antiga, situa o dolo na culpabilidade e a *consciência da ilicitude*, que deve ser *atual*, no próprio dolo. Defende a existência de um *dolo normativo*, constituído de: vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida (*consciência atual da ilicitude*). Por isso, para esta teoria, o *erro jurídico-penal*, independentemente de ser erro de tipo ou erro de proibição, exclui sempre o dolo, quando inevitável, por anular ou o *elemento normativo* (consciência da ilicitude) ou o *elemento intelectual* (previsão) do dolo. Equipara, assim, as duas espécies de erro quanto aos seus efeitos.³

A expressão “deve saber”, se for considerada como indicativa de dolo — direto ou indireto —, revive, de certa forma, a superada *teoria limitada do dolo*, com sua “cegueira jurídica”, sugerida por

(2) Manuel Vidaurri Aréchiga. *La culpabilidad en la doctrina jurídico-penal española* (tese de doutorado, inédita), Universidade de Sevilha, p. 116.

(3) Muñoz Conde. *El error...* p. 26-31. Para maior aprofundamento das teorias do dolo e teorias da culpabilidade, ver: Francisco de Assis Toledo. *Teorias do dolo e teorias da culpabilidade*, RT, v. 566, ano 1982; Jorge de Figueiredo Dias. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 3. ed. Coimbra : Coimbra, 1987. p. 150.

(1) Mir Puig. *Derecho penal...* p. 470.

Mezger, ao recriar uma espécie de “dolo presumido”. Na verdade, para lembrar, a *teoria limitada do dolo* foi apresentada como um aperfeiçoamento da teoria extremada e, procurando evitar as lacunas de punibilidade que esta possibilitava, equiparou ao “conhecimento atual da ilicitude”, a “cegueira jurídica” ou “inimizade ao direito”. Segundo Welzel,⁴ o aperfeiçoamento da *teoria estrita do dolo* foi buscado, sem sucesso, de duas formas: criando, de um lado, um tipo auxiliar de “culpa jurídica”, pela falta de informação jurídica do autor, e, de outro lado, pela relevância da “cegueira jurídica” ou “inimizade ao direito”, adotadas pelo Projeto de Código Penal de 1936. Para Mezger, há casos em que o autor do crime (normalmente um delinquente habitual) demonstra desprezo ou indiferença tais para com os valores do ordenamento jurídico que, mesmo não se podendo provar o conhecimento da antijuridicidade, deve ser castigado por crime doloso.⁵ De certa maneira, ainda que por via transversa, com essa “equiparação” ou “ficção”, Mezger substituiu, na teoria limitada do dolo, o *conhecimento atual* da ilicitude pelo *conhecimento presumido*, pelo menos nesses casos. Assim, Mezger, seu grande idealizador, introduziu, finalmente, o polêmico elemento denominado *culpabilidade pela condução de vida*, criando, dessa forma, a possibilidade de condena-

ção do agente não por aquilo que ele faz, mas por aquilo que ele é, dando origem ao combatido Direito Penal de Autor.

No entanto, essa proposição de Mezger, de *presumir-se* o dolo quando a ignorância da ilicitude decorresse de “cegueira jurídica” ou de “animosidade com o direito”, isto é, de condutas incompatíveis com uma razoável concepção de direito ou de justo, não foi aceita, diante da incerteza de tais conceitos.⁶ A mesma sorte merece ter a expressão “deve ou deveria saber”, que cria uma espécie de “dolo presumido”, dissimulador de *autêntica responsabilidade objetiva*, incompatível com a teoria normativa pura da culpabilidade. A mesma rejeição recebida pela variante da teoria do dolo, sugerida por Mezger, deve ser endereçada às construções jurídicas que se utilizam de subterfúgios como as expressões antes referidas, por violarem o princípio da culpabilidade.

No entanto, as teorias do dolo – estremada e limitada – caíram em desuso, ante a reforma penal alemã, desta metade do século XX, que aderiu aos princípios fundamentais das teorias da culpabilidade.

Não se pode perder de vista que a *teoria estrita da culpabilidade* parte da reelaboração dos conceitos de *dolo* e de *culpabilidade*, empreendida pela doutrina finalista, com a qual surgiu, cujos representantes maiores foram Welzel, Maurach e Kaufmann. Esta teoria separa o *dolo* da consciência da ilicitude. Assim, o dolo, no seu aspecto puramente psicológico – dolo natural –, é transferido para o *injusto*, passando a fazer parte do tipo penal. A *consciência da ilicitude* e a *exigibilidade de outra condu-*

⁽⁴⁾ Hans Welzel. *El nuevo sistema del derecho penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. de José Cerezo Mir. Barcelona : Ariel, p. 106.

⁽⁵⁾ Mezger em edições posteriores explicou que “a *hostilidade ao direito*” é equiparável ao dolo em suas conseqüências jurídicas, e não no seu *conceito*, como entenderam alguns. Edmund Mezger. *Derecho penal, parte general*, México : Cardenas Editor y Distribuidor, 1985. p. 251.

⁽⁶⁾ Mezger fez essa sugestão em 1952, segundo Juan Córdoba Roda. *El conocimiento de la antijuridicidad...* p. 62.

ta passam a fazer parte da culpabilidade, num puro *juízo de valor*. A culpabilidade passa a ser um pressuposto básico do juízo de censura.⁷

Enfim, dolo e consciência da ilicitude são, portanto, para a teoria da culpabilidade, conceitos completamente distintos e com diferentes funções dogmáticas. Como afirma Muñoz Conde,⁸ “o conhecimento da antijuridicidade, tendo natureza distinta do dolo, não requer o mesmo grau de consciência; o conhecimento da antijuridicidade não precisa ser atual, pode ser simplesmente potencial...”.

3. Sentido e função das elementares “sabe” e “deve saber”, na definição do crime de receptação

Dolo é o conhecimento e a vontade da realização do tipo penal. Todo dolo tem um aspecto intelectual e um aspecto volitivo. O aspecto intelectual abrange o *conhecimento atual* de todas as circunstâncias objetivas que constituem o tipo penal.⁹

Para a configuração do dolo exige-se a consciência daquilo que se pretende pra-

ticar. Essa consciência, no entanto, deve ser *atual*, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada. É insuficiente, segundo Welzel, a *potencial consciência* das circunstâncias objetivas do tipo, posto que prescindir da *consciência atual* equivale a destruir a linha divisória entre dolo e culpa, convertendo aquele em mera ficção.¹⁰

A previsão, isto é, a representação ou consciência, deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais do tipo, sejam eles descritivos ou normativos. Mas essa *previsão* constitui somente a *consciência dos elementos integradores do tipo penal*, ficando fora dela a *consciência da ilicitude* que, como já afirmamos, está deslocada para o interior da culpabilidade.¹¹ É desnecessário o conhecimento da proibição da conduta, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição do tipo.

A Lei 9.426/96, ao disciplinar o crime de receptação, utilizou as expressões “‘sabe’ ser produto de crime” (*caput*) e “‘deve’ saber ser produto de crime”, no § 1.º do mesmo dispositivo. A velha doutrina ao analisar as expressões “sabe” e “deve saber” via em ambas a identificação do elemento subjetivo da conduta punível: o *dolo direto* era identificado pela elementar “sabe” e o *dolo eventual* pela elementar “deve saber” (alguns autores identificavam, neste caso, a cul-

(7) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal...* p. 355. “(...) A *teoria limitada da culpabilidade* tem muitos pontos em comum com a teoria extrema da culpabilidade. Ambas situam o dolo no tipo e a consciência da ilicitude na culpabilidade; adotam o erro de tipo como excludente do dolo e admitem, quando for o caso, o crime culposos; defendem o erro de proibição inevitável como causa de exclusão da culpabilidade, sem possibilidade de punição a qualquer título (dolo ou culpa). Diferem somente no tratamento do erro que incidir sobre as causas de justificação” (*Manual...* p. 356).

(8) Muñoz Conde. *El error...* p. 33. Para maiores detalhes, veja-se Welzel. *El nuevo sistema...* p. 112 *et seq.*

(9) Welzel. *Derecho penal alemán...* p. 96.

(10) Welzel. *Derecho penal alemán...* p. 96. No mesmo sentido, Gomez Benitez: “O momento cognoscitivo compreende o conhecimento real ou atual (não somente potencial) da realização dos elementos descritivos e normativos do tipo...” (*Teoría jurídica del delito – derecho penal, parte general*, Madrid : Civitas, 1988. p. 205).

(11) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal...* p. 235.

pa).¹² Aliás, foi provavelmente com esse sentido que se voltou a utilizar essas expressões, já superadas, na Lei 9.426/96.

Na hipótese do “sabe” – afirmavam os doutrinadores – há plena certeza da origem delituosa da coisa. Neste caso, não se trata de mera suspeita, que pode oscilar entre a dúvida e a certeza, mas há, na realidade, a plena convicção da origem ilícita da coisa receptada. Assim, a suspeita e a dúvida não servem para caracterizar o sentido da elementar “sabe”. Logo – concluíam – trata-se de *dolo direto*.

Na hipótese do “deve saber” a origem ilícita do objeto material, afirmavam, significa somente a possibilidade de tal conhecimento, isto é, a *potencial consciência da ilicitude do objeto*. Nas circunstâncias, o agente deve saber da origem ilícita da coisa, sendo desnecessária a ciência efetiva: basta a possibilidade de tal conhecimento. Dessa forma, na mesma linha de raciocínio, concluíam, trata-se de *dolo eventual*.¹³

No entanto, essa interpretação indicadora do dolo, através do “sabe” ou “deve saber”, justificava-se quando vigia, incontestavelmente, a *teoria psicológico-normativa* da culpabilidade, que mantinha o dolo como elemento da culpabilidade, situando a consciência da ilicitude no próprio dolo. Contudo, a sistemática hoje é outra: a elementar “‘sabe’ que é produto de crime” significa ter consciên-

cia da origem ilícita do que está comprando, isto é, ter consciência da ilicitude da conduta, e a elementar “deve saber”, por sua vez, significa a possibilidade de ter essa consciência da ilicitude. Logo, considerando que esse elemento normativo – consciência da ilicitude – integra a culpabilidade, encontrando-se, portanto, fora do dolo, leva-nos a concluir que as elementares referidas são indicativas de graduação da culpabilidade e não do dolo, como entendia a velha doutrina.

Em contrapartida, a *consciência do dolo* – seu elemento intelectual –, além de não se limitar a determinadas elementares do tipo, como “sabe” ou “deve saber”, não se refere à ilicitude do fato, mas à sua configuração típica, devendo abranger todos os elementos objetivos, descritivos e normativos do tipo. Ademais, o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, ao contrário da consciência da ilicitude, tem que ser atual, sendo insuficiente que seja potencial, sob pena de destruir a linha divisória entre dolo e culpa, como referia Welzel. Em sentido semelhante, manifesta Muñoz Conde,¹⁴ afirmando que: “O conhecimento que exige o dolo é o conhecimento atual, não bastando um meramente potencial. Quer dizer, o sujeito deve saber o que faz, e não haver devido ou podido saber”.

Na verdade, a admissão da elementar “deve saber” como identificadora de *dolo eventual* impede que se demonstre *in concreto* a impossibilidade de *ter* ou *adquirir o conhecimento da origem ilícita* do produto receptado, na medida em que tal conhecimento é presumido. E essa *presunção legal* não é outra coisa que autêntica responsabilidade objetiva: presumir o dolo onde este não existe. No

(12) Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal, parte especial*. 11 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. v. 1; Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979. v. V, p. 405; Damásio de Jesus. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1979. v. 2, p. 148, todos analisando o art. 130 do Código Penal.

(13) Damásio de Jesus, em recente artigo publicado no *Boletim do IBCCrim* 52, de março de 1997, p. 5-7.

(14) Muñoz Conde & Mercedes García Arán. *Derecho penal, parte general*. 2. ed. Valência : Tirant lo Blanch, 1996. p. 285.

entanto, reconhecendo-se a elementar “deve saber” como indicadora de *potencial consciência da ilicitude*, isto é, como elemento integrante da culpabilidade, poder-se-á demonstrar, quando for o caso, a sua inocorrência ou mesmo a existência de erro de proibição, permitindo uma melhor adequação da aplicação da lei. Com efeito, ante a reelaboração efetuada por Welzel do conceito de consciência de ilicitude, introduzindo-lhe o *dever de informar-se*, flexibilizou-se esse elemento, sendo suficiente a potencial consciência da ilicitude. No entanto, “não basta, simplesmente, não ter consciência do injusto para inocentar-se. É preciso indagar se havia possibilidade de adquirir tal consciência e, em havendo essa possibilidade, se ocorreu negligência em não adquiri-la ou falta ao dever concreto de procurar esclarecer-se sobre a ilicitude da conduta praticada”.¹⁵

Precisa-se, enfim, ter sempre presente que não se admitem mais presunções irracionais, iníquas e absurdas, pois, a despeito de exigir-se uma consciência profana do injusto, constituída dos conhecimentos auridos em sociedade, provindos das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, não se pode ignorar a hipótese, sempre possível, de não se ter ou não se poder adquirir essa consciência. Com efeito, nem sempre o *dever jurídico* coincide com a lei moral. Não poucas vezes o direito protege situações amorais e até imorais, contrastando com a lei moral, por razões de política criminal, de segurança social etc. Assim, nem sempre é possível estabelecer, *a priori*, que seja o crime uma ação imoral.¹⁶ A

ação criminosa pode ser, eventualmente, até moralmente louvável. A norma penal, pela sua particular força e eficácia, induz os detentores do poder político a avassalar a tutela de certos interesses e finalidades, ainda que contrastantes com os interesses gerais do grupo social.

Por derradeiro, constar de texto legal a *atualidade* ou potencialidade de consciência do ilícito é uma errônea intolerável, posto que a Ciência Penal encarregou-se de sua elaboração interpretativa. A constatação de sua atualidade ou mera possibilidade fundamentará a maior ou menor reprovabilidade da conduta proibida.

Concluindo, a *previsão*, isto é, o *conhecimento* deve abranger todos os elementos objetivos e normativos da descrição típica. E esse conhecimento deve ser atual, real, concreto e não meramente presumido. Agora, a *consciência do ilícito*, esta sim pode ser potencial, mas será objeto de análise somente no exame da culpabilidade, que também é predicado do crime.¹⁷

4. Reflexões sobre furto, roubo e receptação, segundo a Lei 9.426/96

Realizamos, apenas, uma análise sucinta das principais inovações trazidas pela lei epigrafada, nas definições dos tipos penais de furto, roubo e receptação. Apontamos somente as alterações apresentadas, nos termos a seguir.

4.1 Furto de veículo automotor

“Art. 155. (...)

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

(15) Cezar Roberto Bitencourt. *Teoria geral do delito*. São Paulo : RT, 1997. p. 206; *Manual de direito penal...* p. 352.

(16) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal...* p. 350; *Teoria geral do delito...* p. 205.

(17) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal...* p. 294; *Teoria geral do delito...* p. 152.

A Lei 9.426/96 cria uma nova figura de *furto qualificado*, distinta daquelas relacionadas no § 4.º do art. 155, sempre que a coisa móvel, objeto da ação, tratar-se de veículo automotor.

Com esta nova figura (§ 5.º) pretendeu-se inibir a conduta de *subtrair veículo automotor*, exasperando exageradamente a sanção correspondente, fixando-a entre três e oito anos de reclusão. Esta 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; 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”.

Com efeito, o simples *furto de uso* continua atípico. E 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 são alcançadas pela nova qualificadora, se não vierem “a ser transportados para outros Estados ou para o exterior”.

Teria sido mais feliz a redação deste § 5.º, se tivesse, por exemplo, se utilizado do tradicional *elemento subjetivo do injusto*, isto é, prevendo, como *especial fim do 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 com ele se confunde. Efetivamente, os elementos subjetivos especiais do injusto especificam o dolo, sem com ele se confundirem. Não é necessário que se concretizem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor.

Paradoxalmente, fugindo completamente a tradição brasileira em relação aos crimes contra o patrimônio, a nova “qualificadora” deixou de cominar a *pena pecuniária*. Assim, diante do princípio da reserva legal, não se pode imaginar que essa supressão seja decorrência de “mero esquecimento” que, aliás, ainda que tenha ocorrido, será irrelevante. Resultado: não há previsão legal de pena de multa para esta hipótese.

Não apenas a subtração de veículo automotor, para uso, continua sendo uma figura atípica, como também a subtração de componentes do veículo, como pneus, rodas, motor, acessórios etc. não tipificam o furto qualificado do § 5.º, posto que a eles o texto legal não se refere. Restará, logicamente, a configuração do furto normal.

4.2 Roubo com novas majorantes

“Art. 157. (...)

(...)

§ 2.º (...)

(...)

IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”.

4.2.1 Roubo de veículo automotor

Seguindo a *política criminal capitalista*, para a qual o patrimônio é muito mais valioso que a própria vida, que orientou a inclusão do § 5.º no art. 155, a Lei 9.426/96 transformou a mesma conduta de *subtrair automotores em majorante* do crime de roubo, com a inclusão do inc. IV no § 2.º do art. 157. Para a configuração desta nova majorante, no entanto, a exemplo do que ocorre no crime de furto, não basta que a subtração seja de veículo automotor. É indispensável que este “venha a ser transportado para outro Estado ou para o

exterior", cuja atividade poderá caracterizar um *posterius* em relação ao crime anterior já consumado.

Quando, porém, esta majorante concorrer com qualquer das demais, previstas no mesmo parágrafo — que será a regra neste tipo de crime —, perde, praticamente, sua razão de ser, pois acabará funcionando somente como circunstância judicial (art. 68, parágrafo único), eis que não prevista como agravante.

4.2.2 Roubo de veículo automotor com seqüestro da vítima

"V — se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade."

Esta previsão, de todas as novidades trazidas por uma Lei não muito feliz (9.426/96), parece-nos a mais adequada. No entanto, essa restrição de liberdade poderá, dependendo das circunstâncias, assumir a natureza de outro delito, como, v.g., os dos arts. 148 e 159, em concurso com o crime de roubo. Por isso, é preciso cautela na análise desta questão, sob pena de deixar praticamente impune o crime de *seqüestro*. Assim, quando o *seqüestro* for praticado concomitante com o roubo de veículo automotor ou, pelo menos, como meio de execução do roubo ou como garantia contra ação policial, estará configurando a majorante aqui prevista. Agora, quando eventual seqüestro for praticado depois da consumação do roubo de veículo automotor, sem nenhuma conexão com a sua execução, não se estará diante da majorante especial, mas se tratará de concurso de crimes.

4.2.3 Elevação da pena mínima no roubo qualificado

"§ 3.º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão de sete (7) a quinze (15) anos, além da multa; se resulta

morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa."

No roubo qualificado pelo resultado — lesão grave —, a reclusão será de sete (aumentada pela Lei 9.426/96) a quinze anos, se for morte (latrocínio), será de vinte a trinta anos, como já previa a redação anterior. Antes da vigência desta lei, na hipótese de lesão grave, a pena mínima prevista era de cinco (5) e não sete (7) anos de reclusão. Foi um aumento isolado sem nenhuma justificativa lógica, política ou técnica, na medida em que não fez o mesmo em relação ao latrocínio. E, igualmente, não estendeu à extorsão (art. 158) as novas majorantes incluídas no § 2.º do art. 157.

4.3 Receptação

"Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

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

4.3.1 Novas figuras da Lei 9.426: transportar — conduzir

Como presente de Natal, o legislador brasileiro incluiu no *caput* mais estas duas condutas de "receptar": "transportar" e "conduzir", além de incluir os §§ 1.º e 2.º, desfigurando a receptação. Dificilmente *transportar* e *conduzir* poderão assumir a conotação sugerida pela definição de receptação, qual seja, a de acarretar a *manutenção, consolidação ou perpetuidade* de uma situação patrimonial anormal, ou simplesmente do *proveito* decorrente de um crime anterior praticado por outrem. Sugerindo melhor, como já afirmamos, a configuração de favorecimento e não receptação.

4.3.2 *Receptação e favorecimento*

O Código Penal de 1940 fez a distinção entre *favorecimento* e *receptação*: classificou o primeiro como crime contra a Administração da Justiça, a segunda, entre os crimes contra o patrimônio. O *animus lucrandi* é que distingue a receptação do favorecimento. As condutas de “transportar” ou “conduzir”, *enxertadas* pela Lei 9.426/96, não implicam, de regra, naquele *animus lucrandi*, próprio da receptação, constituindo uma verdadeira anomalia tipológica no direito pátrio, simples amostra da *criminosa retalhação* do Código Penal, que se está procedendo com a inflação diária, desordenada e descriteriosa de leis esparsas. *Transportar* e *conduzir* são, na realidade, duas condutas que se identificariam melhor com o *crime de favorecimento*, onde poderiam ter sido incluídas (arts. 348 ou 349), satisfazendo a fúria *terrorífico-funcionalista* do atual legislador.

4.3.3 *Receptação qualificada*

“Receptação qualificada

§ 1.º Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:

Pena – reclusão, de três a oito anos.

§ 2.º Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.”

A simples inclusão no *caput* dos verbos *transportar* e *conduzir*, por si só, já desnaturou completamente o crime de receptação, que tem o sentido de receber, isto é, de adquirir, receber ou ocultar

coisa de procedência criminosa (Dicionário Aurelião). O paradoxo completa-se com a inclusão dos dois primeiros parágrafos, que estariam melhor situados em um *tipo penal autônomo*. No entanto, não se pode negar, está expresso no texto legal, trata-se de modalidade de “receptação qualificada”, apesar da inconformidade do Professor Damásio, pela absoluta falta de tecnicismo do texto legal.

De qualquer sorte, todas as condutas relacionadas no § 1.º somente tipificarão a “receptação qualificada”, se visarem proveito próprio ou alheio, *no exercício de atividade comercial ou industrial*, seja ele regular, irregular ou clandestino. A “fúria” cega as pessoas e embota o raciocínio, dificultando a avaliação adequada do sentido dos termos, expressões ou frases. O desejo de ser mais drástico e mais abrangente, por vezes, pode, ao mesmo tempo, tornar a previsão legal mais restritiva. Foi o que ocorreu neste caso, pois, nada impede que o agente *transporte, conduza, desmonte, monte ou remonte* – para ficar somente nas novidades – “coisa que deve saber ser produto de crime”, sem fazê-lo, no entanto, “no exercício de atividade comercial ou industrial”, regular ou irregular. Nesse caso, tais condutas não se amoldariam à figura da receptação qualificada.

4.3.4 *Paradoxal punição da receptação qualificada*

A injustificável *excessiva exasperação* da “receptação qualificada” já era censurada pelo saudoso Hungria, referindo-se à *equivocada* redação original do Código de 1940, que destacava: “Em código algum figura a receptação com pena aprioristicamente mais grave do que a daqueles de que pode provir”. E, prosseguia Hungria: “No direito brasi-

leiro, a tradição constante foi no sentido da menor punibilidade da receptação, em confronto com o crime de que deriva".¹⁸ Lamentavelmente, voltamos a praticar os velhos e condenáveis erros do passado, exasperando, desproporcionalmente, as sanções penais.

4.3.5 *Elevação da pena da receptação majorada*

"§ 6.º Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no *caput* aplica-se em dobro."

Além de criar a esdrúxula *receptação qualificada*, o legislador aproveitou para elevar a punição da receptação majorada, determinando, nessa hipótese, que a pena prevista no *caput* (1 a 4 anos) aplica-se em dobro. A redação anterior, que era do § 4.º, cominava a pena de um (1) a cinco (5) anos, que agora, partirá, no mínimo, de dois (2) anos.

Enfim, na receptação, a Lei 9.426/96 acrescentou os dois primeiros parágrafos, reenumerou os outros quatro, com pequenas alterações, além de incluir no *caput* do art. 180 os verbos núcleos "transportar" e "conduzir".¹⁹

(18) Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. v. VIII, p. 311-316.

(19) Estas anotações, especificamente sobre os tipos penais, encontram-se em: Luiz Regis Prado & Cezar Roberto Bitencourt. *Código Penal anotado*. São Paulo : RT, 1997.