

## CONCURSO DE AGENTES NA QUALIFICAÇÃO DO FURTO

**Heleno Cláudio Fragoso**

SUMÁRIO: 1. *O concurso de agentes como qualificante no direito penal brasileiro.* 2. *Posição do problema.* 3. *Indagação histórica.* 4. *Direito alemão.* 5. *Direito italiano.* 6. *Exegese do Código vigente.*

1. O concurso de duas ou mais pessoas constitui circunstância expressamente prevista pelo vigente Cód. Penal, como qualificante de diversos crimes. Assim, a pena será aumentada, no constrangimento ilegal, “quando, para a execução do crime se reúnem mais de três pessoas” (art. 146, §1º); na violação de domicílio, “se o crime é cometido... por duas ou mais pessoas” (art. 150, §1º); no furto, “se o crime é cometido... mediante concurso de duas ou mais pessoas” (art. 155, §4º, nº IV); no roubo, “se há concurso de duas ou mais pessoas” (art. 157, §2º, nº II); no esbulho possessório, se a invasão se faz “mediante concurso de mais de duas pessoas” (artigo 161, §1º, nº II); nos crimes contra os costumes em geral, se são “cometidos com o concurso de duas ou mais pessoas” (art. 226, nº I).

Varia, não só o número de co-autores, mas também a expressão empregada pelo legislador, que ora é: “se o crime é *cometido*”; ora, “quando na *execução* do crime”. Em outros dispositivos, diz-se apenas “se há *concurso*”, ou “mediante *concurso*”, ou, ainda, “cometido com o concurso”.

2. Indaga-se se, nestas várias hipóteses em que se exige a participação de mais de uma pessoa no crime, todas devem estar presentes na execução, ou se basta a aplicação dos princípios gerais da co-autoria, isto é, se basta que tenham, de alguma forma, concorrido para o crime.

Entre os comentadores do Código atual poucos são os que tratam expressamente da matéria, à qual dispensam apenas ligeiras referências. Com a sua reconhecida autoridade, o eminente ministro NÉLSON HUNGRIA, em seus excelentes comentários, pronuncia-se, ora num, ora noutra sentido. Assim, em relação ao constrangimento ilegal, entende o mestre que “não é necessário um prévio ajuste ou acordo de vontades, bastando como no *concursum delinquentium* co-partícipes a consciência de concorrer à ação dos outros. A cooperação pode ser prestada por simples *conivência*” (“Comentários ao Código Penal”, Rio, 1953, “REVISTA FORENSE”, vol. VI, páginas 156-157).

Portanto, não obstante mencionar a lei, aqui, a reunião de mais de três pessoas *para a execução do crime*, aplicam-se, segundo a lição transcrita, os princípios do concurso em geral, não se exigindo por parte de todos os agentes a prática de atos de execução e consumação.

Comentando a disposição do art. 150 § 1.º, segundo a qual será qualificada a violação de domicílio se o crime for cometido (*sic*) mediante concurso de duas ou mais pessoas, faz o autor remissão ao que escreveu no caso do constrangimento ilegal: “reportamo-nos ao que já dissemos no nº 153 (a propósito das agravantes especiais do constrangimento ilegal), com inteira aplicação na espécie, salvo quanto à pluralidade de agentes, o número destes, pois, aqui, basta o número de dois” (Comentários”, volume cit., pág. 217). Vigoram, portanto, em relação a este crime, igualmente, as normas gerais sobre o concurso, estabelecidas no art. 25.

Já em relação ao crime de furto, roubo e contra os costumes, diversa é a opinião de NÉLSON HUNGRIA. Nestes casos, ensina, exige-se a presença de todos os agentes na execução da ação incriminada, sob pena de não ser reconhecível a agravante. Eis a lição, ao tratar do furto: “Para o reconhecimento da majorante, tem-se de atender às regras sobre a participação criminosa, mas com as seguintes alterações: *a*) é necessária a presença *in loco* dos concorrentes, ou seja, a cooperação deles na fase *executiva* do crime; *b*) não basta a adesão voluntária, mas ignorada, do concorrente (é indispensável

que haja uma consciente *combinação* de vontades na ação conjunta)” (“Comentários”, 1955, volume VII, pág. 44).

Vê-se que aqui, não obstante mencionar a lei, tão-somente, “se o crime é cometido...”, vai longe o ilustre penalista, exigindo não apenas a presença de todos os co-autores na execução, mas, ainda, o ajuste prévio. Tal entendimento se reproduz em relação ao roubo (“as várias pessoas devem estar *reunidas e presentes* junto à vítima”) (ob. e vol. citados, pág. 55); bem com ao propósito do esbulho possessório (pág. 89).

Ao comentar a agravante de que tratamos, nos crimes contra os costumes pela primeira vez, NÉLSON HUNGRIA procura justificar o seu entendimento: “Várias agravantes especiais... são previstas no art. 226. A primeira delas é a circunstância de ter sido o crime cometido por duas ou mais pessoas. Deve entender-se que a co-participação, aqui, é para a *execução* do crime. O dispositivo não se refere, indistintamente, a *concurso* de duas ou mais pessoas para o crime, mas ao fato de ter sido o crime *cometido*, isto é, *executado*, com pluralidade de agentes” (“Comentários”, Rio, 1954, vol. VIII, pág. 233).

No mesmo sentido, aliás, pronunciam-se CHAUVEAU-HÉLIE (“Théorie du Code Pénal”, Paris, 1862, vol. V, pág. 229, nº 1.884), quando afirmam: “*il ne s’agit donc pas de tous les complices, mais de ceux seulement qui ont coopéré a l’exécution du délit, car ceux-là seuls l’ont commis*”.

Parece, assim, que a exigência da presença dos co-autores, na fase executória, se justifica por empregar a lei a expressão “se o crime é cometido”. Todavia, na violação de domicílio, é, precisamente, esta a palavra da lei, e, ali, o eminente autor limitou-se a reclamar a aplicação das normas gerais sobre a participação. Por outro lado, nos crimes de roubo e esbulho possessório, a lei expressamente menciona “se há *concurso*”, e, não obstante, ali também, o mestre entende ser indispensável a presença ou a participação dos agentes na fase executória.

A contorvêrsia enseja detida análise da matéria em seus fundamentos e antecedentes históricos, bem como no direito comparado.

3. A agravação do crime de furto pela pluralidade de agentes é antiga no direito penal. Já no direito romano, entre os casos de furto qualificado, que surgiram na época imperial, como crimes extraordinários, estava o furto praticado por bando, ao qual era cominada pena de morte, especialmente se havia emprego de armas (MOMMSEN, “Droit Pénal Romain”, Paris, 1907, trad. DUQUESNE, vol. III, pág. 84). Nessa época já se previam várias das circunstâncias agravantes que posteriormente foram objeto de elaboração doutrinária por parte dos praxistas, entre as quais o furto noturno, com rompimento, com o emprego de armas, com violência, o furto de grande monta, o furto balneário, etc.

O Código francês de 1810, em seus arts. 381 e 386, considerava, como considera, entre as agravantes do furto, o fato de ter sido cometido por duas ou mais pessoas (*S'il a été commis par deux ou plusieurs personnes*). Todavia, tal circunstância somente constituía agravante, se havia concurso com outras (se o crime fosse praticado durante a noite, com o emprego de armas, com rompimento de obstáculo, escalada ou chave falsa, em lugar habitado ou assumindo o agente falsa qualidade, ou, ainda, se havia violência ou ameaça).

Outros Códigos do século passado, porém, entendiam que a simples pluralidade de agentes qualificava o furto, independentemente de quaisquer outras circunstâncias. Assim dispunham, o Código da Baviera (art. 221, nº I); o de S. Marinho (art. 494, §2); o dos Cantões de Neuchâtel (art. 217, nº 2); Vaud (artigo 272, nº 8); Friburgo (art. 221, letra k) e Valais (art. 299, nº 10); o de Portugal (art. 526, nº 3); o do Peru (artigo 625, nº 3); o da Bolívia (art. 706, número 3) e o das Ilhas Jônicas (art. 247).

Ensinava CARRARA que a força moral objetiva, isto é, o temor e o alarma social, aumenta quando há pluralidade de agentes, não já pela audácia maior que a reunião dos malfeitores representa, mas também pela probabilidade de perigo de danos ulteriores. Um só ladrão pode fugir se for surpreendido pelo dono, mas se são vários, é

de se temer que resistam. “*Es lo cierto*” — conclui — “*que el número de los ladrones, además de aumentar la probabilidad del éxito em superar los obstáculos, además de aumentar la audacia de los malhechores, trae mayor espanto. La posibilidad de una violencia por parte de los varios ladrones es real; y esta es la que prevé el legislador al juzgar más peligrosa aquella forma del hurto*” (“Programa del Curso de Derecho Criminal”, trad. De SOLER, De Palma, Buenos Aires, 1946, § 2.091).

Para o grande mestre da escola clássica, portanto, justifica-se a agravante pelo maior alarma social, que se deve ao perigo de violência. Esta é uma das idéias nucleares da agravante em estudo. Outra concepção, todavia, é a que, remontando ao bando ou à associação de delinqüentes, fundamenta a agravante no maior perigo do crime organizado, pela maior eficiência da ação criminosa e pela continuidade da mesma.

4. Este último critério foi, sem dúvida, adotado pelo Código alemão, que, no seu art. 243, nº 6, dispõe: “Será aplicada pena de reclusão até 10 anos, se várias pessoas cooperarem no furto, as quais se tenham reunido com o propósito de praticar roubos ou furtos” (“*Auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren is zu erkennen, wenn zu dem Diebstahl mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben*”). ALLFELD (“Lehrbuch des Deutschen Strafrechts”, Leipzig, 1922, pág. 451) esclarece que os agentes devem ser, no mínimo dois (*mindestens zwei*).

Os autores alemães são unânimes em exigir a participação de todos os agentes na *execução* do crime, bem como o ajuste prévio. Afirmam SCHOENKE-SCHROEDER (“Strafgesetzbuch Kommentar”, C.H. Beck Verlag, Munique e Berlim, 1954, página 696) que a reunião dos agentes, para configurar a agravante, deve ter-se estabelecido para a prática de um número indeterminado de crimes, não sendo bastante o planejamento de um determinado furto (“*es genuegt nicht, dass von vornherein nur die Begehung eines fortgesetzten Diebstahls geplant ist*). Por outro lado, a cooperação no furto exige ação conjunta na hora e local do crime, isto é, na execução, sendo o conceito de cooperação mais restrito do que o de participação (“*Das Mitwirken setzt*

*ein zeitliches und örtliches Zusammenwirken mehrerer Mitglieder bei der Ausführung; der Begriff der Mitwirkung ist also enger als der Teilnahme*”).

Desse entendimento não discrepam MAURACH (“Deutsches Strafrecht”, *besonderer Teil*, Verlag C.F. Mueller, Karlsruhe, 1956, pág. 196); MEZGER (“Strafrecht”, *ein Studienbuch*, C.H. Beck Verlag, Munique e Berlim, 1954, página 132); KOHLRAUSCH-LANGE (“Strafgesetzbuch”, Walter de Gruyter & Co., Berlim, 1950, pág. 336); WELZEL (“Das Deutsche Strafrecht”, Walter de Gruyter, Berlim, 1954, pág. 254). Nem diversa é a opinião de autores mais antigos, como OLSHAUSEN, HAELSCHNER, FRANK, VON LISZT. Todos exigem que tenha havido ação conjunta na hora e local do crime, isto é, na execução do furto (“*zeitliches und örtliches Zusammenwirken bei der Ausführung*”), sob pena de haver apenas participação em furto simples.

5. O Código italiano de 1889, no artigo 404, nº 9, qualificava o furto cometido por três ou mais pessoas *reunidas (tre o più persone riunite)*. Tal disposição estabeleceu controvérsia entre os intérpretes, que se orientaram no sentido de exigir a presença dos autores no momento da execução. O atual Código italiano, porém, contempla a hipótese apenas com a expressão “*se il fatto è commesso da tre o più persone*”.

A Exposição de Motivos ministerial, versando precisamente a matéria, esclareceu: “*È stato proposto il ripristino della parola riunite per l’aggravante derivante del numero delle persone, perchè si è osservato che la riunione di esse nel momento del fatto dà la ragione vera dell’aggravante. Il progetto, invece, si è ispirato a ben altra considerazione, ritenendo che la maggiore temibilità ed efficienza della delinquenza associata non può riconoscersi nella contemporanea presenza, immediata e materiale di più persone nel posto ove il reato viene commesso, essendo tale temibilità ed efficienza riposte negli effetti della cooperazione di più persone nel reato; e siffatta cooperazione può verificarsi anche tra persone che, più non essendo riunite nello stesso posto, compiono ciascuna una parte della azione concordata*” (Relazione Ministeriale dal Progetto del Codice Penale”, II, pág. 443).

Não cabe dúvida, pois, quanto ao entendimento do atual Código italiano, que se contenta com a participação ampla, em qualquer modalidade. Afirmam-o MANZINI (“Trattato di Diritto Penale Italiano”, Utet, Turim, 1952, vol. IX, página 246).

Aplicam-se, pois, segundo a doutrina italiana, as normas gerais da participação, sendo pacífica, naquele país, a jurisprudência a respeito.

6. A disposição contida no Código brasileiro é perfeitamente análoga à do Código italiano. E não se percebe como possa o intérprete, diante de expressões como: “se o crime é cometido mediante concurso”; ou “se o crime é cometido por duas ou mais pessoas”; ou, ainda, “se há concurso”, entender que a lei exige a presença de todos os partícipes na execução, e, ainda mais, o prévio ajuste. Os autores alemães não nos podem servir de guia, pois o Código germânico, como vimos, exige não só o prévio concerto, mas a associação para a prática indeterminada de furtos e roubos. Disposição semelhante contém o Código dinamarquês (artigo 286), que agrava o furto cometido por várias pessoas em associação (*von mehreren gemeinschaftlich*, na tradução alemã de FRANZ MARCUS, Berlim, 1953).

O Código soviético (art. 162) também expressamente contempla o ajuste prévio, punindo o furto com prisão até um ano se for praticado “após ajuste prévio com outras pessoas” (*nach vorheriger Verabredung mit anderen Personen*, na tradução alemã de WILHELM GALLAS, Berlim, 1953).

Na ausência de expressa referência em nossa lei, não há como julgar inaplicável os princípios gerais da participação (art. 25) no concurso nos crimes de furto, roubo, esbulho e contra os costumes. Cometer um crime é praticar a infração penal. Comete o crime, pela nossa lei, todo aquele que, de qualquer modo, concorre para ele. A distinção que NÉLSON HUNGRIA procura, contraditoriamente, aliás, estabelecer, segundo a qual *cometer* seria participar da *execução*, poderia conduzir à perplexidade quando houvesse concurso em casos como o do art. 129, §4º; art. 141, parág. Único; art. 159, §1º; art. 171, §3º, etc. No art. 159, §1º, por exemplo, agrava-se a pena da

extorsão mediante seqüestro “se o crime é cometido por bando ou quadrilha”. Haveria de exigir-se a presença do bando ou quadrilha na fase executória para proclamar a agravante?

Parece evidente que a lei emprega indistintamente a expressão cometer ou praticar para significar a realização do crime. Não é jurídico interpretar a palavra cometer no art. 155, §4º, no sentido de que apenas compreende a execução do crime abandonando esse entendimento no art. 150, §1º, e em outras passagens do Código em que a mesma expressão é empregada. Seria imperdoável ciscada do legislador designar coisas diversas com o mesmo vocábulo. Nem poderia o intérprete introduzir na lei o que nela evidentemente não se contém, como a exigência do prévio ajuste. É uma restrição que aberraria do sistema geral do Código e que não pode ser adotada diante do absoluto silêncio da lei.

Somente se pode afirmar a exigência de todos os partícipes na fase executória, para configurar a agravante, no caso do constrangimento ilegal (art. 146, §1º), porque aí expressamente a lei dispõe: “*quando, para a execução do crime, se reúnem...*” Esclarece MANZINI, com segurança: “*Più persone sono reuniti quando tutto sono presenti nel luogo e nel momento in cui è commessa l’azione come, si da concorrere simultaneamente in un modo qualsiasi nella perpetrazione del fatto*” (“Trattato”, cit., vol. V, pág. 389).

Nos demais casos (violação de domicílio, furto, roubo, esbolho possessório e crimes contra os costumes), bastam as regras da participação em geral. Se o legislador pretendesse exigir participação *na execução*, teria sabido expressar seu pensamento, como fez no constrangimento ilegal.

Devemos, entender, portanto, que o legislador brasileiro, na qualificação do furto e de outros crimes, pelo concurso de agentes, atendeu à maior eficiência e perigo da criminalidade associada ou organizada, ou, ainda, da simples cooperação de outras pessoas na empresa criminosa, pela maior probabilidade de êxito que, evidentemente,



envolve razões que independem da presença de todos os partícipes na execução material do crime.

---

(\*) Publicada na *Revista Forense*, n.º 173, p-502-506.