



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

VÍTOR VASCONCELLOS ALVES

**ATIPICIDADE DA OBTENÇÃO CLANDESTINA DE SERVIÇO DE TV À CABO**

CARATINGA – MG  
CURSO DE DIREITO  
2019

VÍTOR VASCONCELLOS ALVES

**ATIPICIDADE DO FURDO DE SINAL DE TV A CABO**

Projeto de Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica I, requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientador: Professor Dr. Dário José Soares

Júnior

CARATINGA – MG

CURSO DE DIREITO

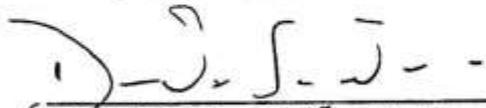
2019

**TERMO DE APROVAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **Atipicidade da obtenção clandestina de serviço de TV à cabo**, elaborado por **Vitor Vasconcellos Alves** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de DIREITO da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Caratinga 8 de Julho 2019

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dário José Soares Júnior

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Rodolfo de Assis Ferreira

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Oscar Alexandre Teixeira Moreira

Dedico aos meus pais e irmãos pela base, pelo apoio e motivação direcionados ao estudo, à procura de um futuro melhor para mim.

## **Agradecimentos**

Agradeço a Deus pela vida, pelo sustento e pela oportunidade que me concedeu de realizar mais esta conquista em minha trajetória.

Agradeço ao Professor orientador Dário Júnior, pela dedicação e paciência em ensinar, orientar e incentivar a busca do conhecimento necessário em cada etapa.

Aos meus colegas de classe que batalharam juntos rumo a mais esta vitória.

“Busquem, pois, em primeiro lugar o Reino de Deus e a sua justiça, e todas essas coisas serão acrescentadas a vocês. ”

(Mateus, 6:33)

## RESUMO

O presente projeto de pesquisa tem como tema a “Atipicidade do furto de sinal de TV a cabo.” Sabidamente, o Código Penal, em seu artigo 155 §3º dispõe sobre o delito de furto de energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. O Código Civil, por sua vez, vem em apoio à norma penal, na medida em que dispõe que são bens móveis para efeitos legais “as energias que tenham valor econômico”, entretanto, não elenca especificamente entre estas, o sinal de TV a cabo. De tal feita, que a pesquisa vindoura tem vistas a esclarecer a possibilidade da atipicidade da conduta supostamente delituosa denominada “captação clandestina de sinal de TV a cabo”. No futuro ensaio, estudaremos *a priori*, o *habeas corpus* do STF que reconheceu a atipicidade do suposto delito em detrimento do Recurso Especial proferido pelo STJ, tendo em vista o princípio da legalidade penal e todas as suas subdivisões que se fazem necessárias à elucidação do presente embate. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, assim dispõe a formulação original, afirmada por Feuerbach, que foi reproduzida no art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal. De tal importância, consagrou-se verdadeira cláusula pétrea. De sorte que é indizível poder-se tolerar que tal princípio sofra relativização em virtude do direito de expressividade do legislador infraconstitucional.

**PALAVRAS-CHAVES:** (A) Tipicidade. Legalidade. Jurisprudência. Sinal de TV.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....</b>	<b>9</b>
<b>1 TIPCIDADE E CONDUTA: UMA ANÁLISE DAS NORMAS PENAIIS E SUA TIPCIDADE. ....</b>	<b>12</b>
1.1 CONDUTA A(TÍPICA) DO ATO PRATICADO .....	14
1.2 DAS NORMAS PENAIIS .....	17
1.3 DAS NORMAS PENAIIS EM BRANCO. ....	19
<b>1.3.1 Leis penais em branco e o princípio da legalidade .....</b>	<b>21</b>
1.4 DAS NORMAS PENAIIS IMPERFEITAS .....	22
<b>2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....</b>	<b>24</b>
2.1 DA ANTERIORIDADE.....	26
2.2 DA RESERVA LEGAL .....	27
2.3 DA VEDAÇÃO DA ANALOGIA IN MALAM PARTEM. ....	31
2.4 DA TAXATIVIDADE. ....	32
<b>3 ATIPCIDADE DA OBTENÇÃO CLANDESTINA DE SERVIÇO DE TV À CABO: A DIVERGÊNCIA NA DOUTRINA E NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIIS SUPERIORES.....</b>	<b>35</b>
3.1 POSIÇÃO DA DOUTRINA E SUAS CONTROVÉRSIAS.....	35
3.2 DIVERGÊNCIA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIIS SUPERIORES .....	42
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS. ....</b>	<b>48</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema de estudo da (a) tipicidade da conduta de subtração do sinal de TV a cabo. Questão atual e polêmica, a possível configuração do crime é tema que gera discussão na doutrina e na jurisprudência. O problema de pesquisa torna-se mais interessante quando se analisa os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O STJ firmou entendimento no sentido de equiparação da conduta à subtração de energia elétrica, consubstanciada no art. 155, §3º, em contraposição, o STF julga pela atipicidade da conduta.

Com a pesquisa houve a confirmação do marco teórico, entendendo pela atipicidade da conduta de subtrair o sinal de TV a cabo. Com os estudos verificou-se que, não obstante, a existência da Lei nº 8.977/1995, que traz a descrição perfeita da conduta em seu artigo 35, onde esta não possui preceito secundário e por isso, pela flagrante lesão ao princípio da legalidade, não pode ser utilizada.

Quanto à equiparação da conduta ao tipo descrito no artigo 155, § 3º do Código Penal, qual seja, a subtração de energia elétrica, esta não pode e nem deve prosperar, visto que o ordenamento jurídico veda a utilização da analogia *in malam partem*, ou seja, a analogia para prejudicar o réu.

Para tanto, a presente monografia foi dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, a base de averiguação, firmou-se no detalhamento do que vem a ser tipicidade e conduta para o Direito Penal brasileiro, os tipos de normas penais existentes, assim como os preceitos primários e secundários das normas.

Já no segundo capítulo, a análise consolidou-se sobre o princípio basilar do Direito, a saber, o princípio da legalidade, avaliando sua origem histórica e suas ramificações: anterioridade da lei (*lege praevia*), reserva legal (*lege scripta*), proibição da analogia *in malam partem* (*lege stricta*) e taxatividade da lei (*lege certa*).

Para o terceiro capítulo, foram exploradas as divergências de posicionamentos dentro da doutrina acerca do assunto e evidenciado posicionamento opostos sobre o fato, onde uma primeira corrente entende pela tipicidade do fato, equiparando assim sinal de TV a cabo a energia elétrica de valor econômico, enquanto outra parte da doutrina aponta para a

atipicidade da subtração do sinal de TV a cabo entendendo que tal sinal não possui valor econômico e dessa forma não podendo ser equiparado a coisa móvel, destacando ainda a vedação da analogia *in malam partem* no tocante ao art. 35 da lei 8.977/1995.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A investigação do tema proposto leva a percepção que existem duas correntes dominantes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Uma que identifica a conduta como equivalente ao delito de furto de energia (art. 155, § 3º, do CP) e outra que estabelece a atipicidade do ato. Há, ainda, entendimento minoritário de o ato possa configurar crime de estelionato (art. 171 do CP).

A princípio, deve-se esclarecer que o conceito de crime é de ordem doutrinária, existindo uma série de teorias sobre o assunto, sendo as mais receptíveis: teoria formal, teoria analítica e teoria material.

No conceito formal, discorre Bitencourt: “Assim, a ação, concebida de forma puramente naturalística, estruturava-se com um tipo objetivo-descritivo, a antijuricidade era puramente objetivo normativa e a culpabilidade, por sua vez, apresentava-se subjetiva descritiva.” (BITENCOURT, 2008, p. 207)

Assim, o conceito de crime não firmou sua teoria na profundidade do delito, ocasionando rasa a sustentação da ação humana, o que ocorre também na teoria material do delito. Para o conceito material de crime, dispõe Greco que “considerando-se aspecto material, conceituamos o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes”, dessa forma, os dois conceitos avaliados se conciliam. (GRECO, 2015, p. 195)

Dessa forma, nenhuma das teorias retratadas conseguiram traduzir com impacto, o conceito de crime, visto a primeira manifestar somente conceitos externos do crime e a outra levanta o princípio da intervenção mínima, havendo embate no que diz respeito aos bens jurídicos não resguardados pelo Direito Penal.

Entretanto, mais adiante, surgiu o conceito analítico de crime, examinando a ação humana de forma entranhável, segmentando o delito em três partes: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Para Greco:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável. (GRECO, 2015, p. 195)

Destarte, tal concepção é a mais aceita entre os doutrinadores o que conferiu ao direito penal firmar o conceito de crime.

Nessa situação, cabe então, a observação dos ensinamentos acerca de tais elementos, elencando inicialmente ação típica (tipicidade), que assim descreve Greco: “Tipo, como a própria palavra denominação diz, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento, a lei visa impedir que seja praticada, ou determinada que seja levada a efeito por todos nós.” (GRECO, 2015, p. 221)

E, segundo Nucci: “é a descrição abstrata de uma conduta, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que permite concretizar o princípio da reserva legal (não há crime sem lei anterior que o defina)”. (NUCCI, 2008, p. 182)

Sobre a tipicidade ensina Greco: “A adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) faz surgir a tipicidade formal ou legal. Essa adequação deve ser perfeita, pois, caso contrário, o fato será considerado formalmente atípico.” (GRECO, 2015, p. 201)

Sobre a antijuricidade, vale ressaltar, trata-se de conduta do agente delituoso, oposta à lei formal e não havendo existência de causa de excludente de ilicitude, será o mesmo submetido às sanções penais. O atributo da culpabilidade é o juízo de valor sobre a conduta praticada.

Dentro do contexto da atual pesquisa, vistos tais elementos abordados, importante se faz o entendimento acerca do princípio da legalidade, pois se trata de um dos mais importantes princípios do ordenamento jurídico. Previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CF, ao qual retrata não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem a prévia cominação legal.

Dessa forma, observando tal preceito, boa parte da doutrina entende que para interceptar sinal de TV a cabo ser considerado crime de furto deveria a conduta estar expressamente prevista no artigo que tipifica o delito. Verifica-se também que a utilização da analogia para completar uma lacuna da lei, não é cabível.

Assim sendo, a análise de furto de energia é fundamental para a percepção da tipicidade do furto de sinal de TV a cabo. O Código Penal brasileiro é o principal responsável por designar as condutas consideradas crimes. Desse modo, dispõe o art. 155 do CP:

Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.  
[...]

§ 3º- Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Segundo Nucci, o conceito de furto é: “[...] apoderar-se ou assenhorar-se de coisa pertencente a outrem, ou seja, tornar-se senhor ou dono daquilo que, juridicamente, não lhe pertence. O nome juris do crime, por si só, dá uma boa definida noção do que vem a ser a conduta descrita no tipo penal.” (NUCCI, 2015, p. 864). No mesmo sentido entende Sanches, para quem furto é: “[...] apoderar-se o agente, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel, tirando-a de quem a detém (diminui-se o patrimônio da vítima)”. (CUNHA, 2013, p. 269)

O disposto no artigo 155, § 3º do Código Penal, amplia o alcance da elementar coisa móvel, estendendo o seu conceito para incluir a energia elétrica ou qualquer outra energia que tenha valor econômico. Contudo, apenas com o recurso à analogia *in malam partem*, o que é inadmissível no direito penal, é que se tornaria possível punir a conduta de subtrair energia, se não houvesse uma solução legislativa. Segundo Damásio de Jesus, onde afirma que o: “Princípio da proibição da analogia *in malam partem* é corolário da legalidade, proíbe a adequação típica ‘por semelhança’ entre fatos”. (JESUS, 2014, p. 15)

À vista disso, energia elétrica não constitui coisa móvel e apenas em razão da dilatação legal para fins penais no sentido de coisa móvel é que se passou a ver a energia elétrica, como também as de valor econômico, como bens móveis para fins penais. Entretanto, para que haja a configuração do furto de energia, é indispensável que ela seja propensa de ser subtraída.

A Lei nº 8.977/1995 tipificou em seu artigo 35 a conduta de interceptar ou receber de forma não autorizada sinais de TV a cabo, estabelecendo tal ação como ilícito penal. Contudo, não dispôs qualquer sanção à referida conduta, o que, de acordo com entendimento do STF, o dispositivo em questão, configura norma penal em branco invertida, onde o preceito primário (conduta incriminada vem traçado de forma completa), porém o preceito secundário (pena cominada) depende de complementação por outra norma. Por outro lado, o posicionamento que diverge ao anteriormente citado, entende que o furto de sinal de TV a cabo é ação penalmente atípica no ordenamento jurídico e seu pilar de argumentação trata-se que o sinal de TV a cabo e afins não constituiria energia e assim não poderia ser equiparado a coisa móvel, além do mais, seria impassível de subtração, assim sendo, não possuiria preceito secundário tornando-se incabível aplicar a sua aplicação pela evidente ofensa ao princípio da legalidade.

## 1 TIPCIDADE E CONDUTA: UMA ANÁLISE DAS NORMAS PENAIS E SUA TIPCIDADE

Para falar da tipicidade penal, necessário se faz esclarecer num primeiro momento sobre o tipo penal a fim de evitar confusões. Na definição de Zaffaroni: “O tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 387)

Dessa forma, a norma especificamente descreve a conduta, no intuito de preservar determinados valores cuja defesa demonstrou-se falha nos demais ramos do direito a isso dá-se o nome de tipo penal. Como exemplo de tipo penal tem-se: “Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa.” E quando, a conduta descrita no tipo é praticada por alguém, surge a tipicidade.

Tipicidade então é a junção exata da conduta realizada pelo agente ao tipo previsto pela lei. Segundo Muñoz Conde:

É a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal. (CONDE *apud* GRECO, 2004, p. 173)

Dessa forma, é imprescindível observar que tal adequação deve ser impecável, perfeita, absoluta, para que o fato não seja declarado formalmente atípico. Assim, afirma-se que só haverá tipicidade penal se existir uma adequação completa da conduta do agente ao modelo legal previsto, visto que, por mais que a conduta se assemelhe ao tipo, se não houver um encaixe perfeito, não há que se falar em tipicidade.

Vale destacar aqui, que a tipicidade penal se divide em tipicidade formal e tipicidade conglobante.

A tipicidade formal pode ser definida como aquela onde há previsão legal expressa para o delito que se adequa ao fato típico. Já a tipicidade conglobante necessita da verificação de dois aspectos basilares, sendo o primeiro que a conduta do agente seja antinormativa e a segunda, que haja a tipicidade material, ou seja, a verificação da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

A tipicidade conglobante aparece quando se confirma que a conduta é antinormativa e ainda ofensiva para ao Direito Penal, visto ser no ordenamento jurídico pátrio, impossível

existir uma norma que proíba algo enquanto outra esteja impondo o mesmo que fora proibido, pois trata-se de um conflito inadmissível a um ordenamento jurídico perfeito. A exemplo, o caso do oficial de justiça que exercendo uma ordem de penhora e sequestro de um quadro, que pertence a devedor a quem se executa em processo regular pelo credor, para postular crédito atrasado. Na lição de Zaffaroni e Pierangeli:

A lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o do oficial de justiça, e, no entanto, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se ajusta ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa a ordena e a incentiva. (ZAFFARONI, 2011, p. 400)

Para o mesmo caminho segue o pensamento de Norberto Bobbio o qual afirma:

Um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, sistema equivale a validade do princípio, que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica na exclusão da incompatibilidade. (BOBBIO, 1994, p. 80)

Visto isso, conclui-se que antinomia se trata do embate entre duas ideias conflitantes e alusivas a um complexo de normas, onde ambas não podem ser executadas, apenas poderá subsistir uma delas.

Torna-se agora necessário verificar ainda a tipicidade material. O escopo do Direito Penal é a tutela dos bens relevantes existentes na coletividade.

Tem-se, então, dentro do Direito penal o princípio da intervenção mínima, norteando a seleção dos bens que serão tutelados, assim, nem todos os bens serão tutelados, mas somente aqueles de maior relevância social. Dentro dessa seleção é que se encontram a vida, a integridade física, o patrimônio e etc. E ainda que tenha feito a triagem dos bens que considerou mais relevantes, coube ao intérprete, definir o âmbito de abrangência dos tipos penais desenvolvidos pelo legislador.

Como por exemplo, no caso da integridade física, citada acima como um dos bens tutelados pelo Direito Penal, apesar de estar inserida nesse rol de bens tutelados, isso não significa que toda e qualquer lesão corporal sofrida será protegida pelo Direito Penal, sendo verificadas somente aquelas que contenham certa relevância.

Isso ocorre, em função da tipicidade material, que exclui dos tipos penais fatos aos quais sejam aplicados o princípio da insignificância.

Assim, pelo fundamento da tipicidade material é que se mede a relevância do bem tutelado no caso concreto, a fim de definir se determinado bem fará jus ou não à tutela do Direito Penal.

Conclui-se, portanto, que para que haja tipicidade penal, necessário se faz a junção da tipicidade formal, ou legal, com a tipicidade conglobante (antinormatividade e tipicidade material) e somente nessa situação o fato será reputado penalmente típico.

### 1.1 CONDUTA A (TÍPICA) DO ATO PRATICADO

O conceito de conduta humana pode ser visto como atitudes, as ações ou ao comportamento das pessoas em correlação ao meio em que vivem ou ao mundo e seus incentivos. No âmbito do direito penal, a conduta humana é:

A base substantiva sobre a qual se assentam os atributos “típica”, “antijurídica” e “culpável”. Isso porque a missão do Direito Penal, em sentido amplo, é dirigir as condutas humanas em determinado sentido, e a forma como realiza essa missão é inicialmente, avaliar as condutas, separando as desejáveis, toleráveis das indesejáveis, intoleráveis, para depois atrelar a essas últimas uma sanção penal. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013, p. 169)

Dessa forma, no decorrer do tempo, teorias penais surgiram na tentativa de moldar o conceito de conduta para que o mesmo se tornasse a estrutura fiel dos termos “tipicidade”, “ilicitude” e “culpabilidade”. E com o passar do tempo, esses conceitos foram evoluindo.

Para o causalismo, o modelo teórico, era a elucidação dos termos causa e efeito, modelo causal de ação, de Von Liszt. Pela explicação de Guaragni, o Direito Penal:

Para não perder o status científico naquele caudal de ideias positivistas naturalistas que envolviam ao cabo do século XIX, findou por adaptar-se às regras do jogo. Assim passou o pensamento jurídico penal a reduzir automaticamente tudo quanto interessasse em campo de direito penal a uma relação de causa e efeito. (GUARAGNI, 2005, p. 65)

Então, a época, todo o pensamento jurídico penal, girava em torno da explicação de efeito e causa, onde a própria instrução de crime era esclarecida como efeito irremissível de causas sociológicas (crime como fenômeno social). Nesse contexto, a execução era vista apenas como movimento corpóreo voluntário que causa determinado resultado. Valorizava, então, a conceituação de ação, sendo avaliado o movimento corporal, a voluntariedade/intenção e a causação do resultado a ação. Assim explicado, a ação seria um movimento corporal do qual

não se interpela conteúdo ou intenção, apenas se reivindica que o mesmo seja voluntário e a consequência seria a ramificação de objetivo (tipicidade e ilicitude) e subjetivo (culpabilidade) o que provocou a fragmentação na forma de assimilação da própria atitude humana.

Já o modelo social de ação, o neokantismo, era sustentado, sobretudo, na diferença entre o ser e o dever ser. Assim, todos os elementos do crime passaram a ser vistos por novos ângulos. A ação não precisava mais ser descrita e observada a partir de uma realidade, mas era apreciada pela própria função da concepção de conduta dentro da teoria do crime. Nesse modelo, como afirmou Schimidt (apud GUARAGNI, 2005, p. 104): “a ação não nos interessa como fenômeno fisiológico desde os pontos de vista das ciências naturais, mas como fenômeno social, na direção de seus efeitos relativos à realidade social.” Em sua composição atual, consiste essencialmente na argumentação de que:

A ação seja entendida como conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. A relevância social da ação é verificada à medida que a conduta produz efeitos danosos em relação ao indivíduo com seu ambiente social.(GALVÃO, 2007, p.143)

Para a teoria finalista, a definição de conduta humana é a junção entre o interno e o externo, representado pela incorporação, na ação, da ideia de finalidade. Para Juarez Cirino dos Santos:

O ponto de partida do modelo final de ação é a distinção entre fato natural e ação humana: o fato natural é fenômeno determinado pela causalidade, um produto mecânico de relações causais cegas; a ação humana é acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim. Na ação humana, a vontade é a energia produtora da ação, enquanto a consciência do fim é a sua direção inteligente: a finalidade dirige a causalidade para configurar o futuro conforme o plano do autor. (SANTOS, 2007, p. 85-86)

Essa teoria trouxe total metamorfose na estruturação do crime: o injusto (tipicidade + ilicitude) tornou-se pessoal (análise do dolo no tipo), onde tem-se tipo objetivo e tipo subjetivo e ainda a imposição de elemento subjetivo nas excludentes de ilicitude. A culpabilidade tornou-se normativa (valorativa), constituída da imputabilidade, do potencial conhecimento da ilicitude e da exequibilidade de conduta distinta.

A teoria funcionalista, no tocante a conduta, recusa o argumento finalista de que trata-se de alicerce lógico-real e propagou a chamada teoria pessoal da ação, onde sobretudo, segundo Roxin (2006, p. 252), “a ação é tudo o que se possa imputar a um ser humano, como centro anímico-espiritual de ação”. Desse modo, os pensamentos e os impulsos da vontade vinculam-se ao universo espiritual-anímico da pessoa e enquanto subsistem internos, não concretizam

manifestação da personalidade e, portanto, não são ações. São essas, portanto as teorias criadas para definir o quem vem a ser, para o direito penal, a conduta humana.

Vale ressaltar, que no Brasil, a teoria majoritariamente aceita é a teoria finalista, como já visto anteriormente, conduta então é o exercício de uma atividade final.

A conduta típica (ou fato típico) consiste em uma conduta humana voluntária produtora de um resultado que se ajusta formalmente e materialmente ao tipo penal. Verifica-se a existência de um elo entre a conduta do agente e o resultado. Assim sendo, nota-se configurado uma relação de causalidade entre a conduta, que se enquadra perfeitamente ao modelo abstrato de lei penal, e o resultado. Conclui-se que fato típico é composto dos seguintes elementos: conduta, resultado, nexos causal e tipicidade (NUCCI, 2015, p. 124).

Fernando Capez (2005, p. 114) diz sobre o fato típico: “fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto na lei penal”. Nesse caso, ao analisarmos o que vem a ser crime, temos, segundo Mirabete (1999, p. 100), “ uma conduta humana de efeitos jurídicos involuntários (imposição de pena) e um ato que contrasta com a ordem jurídica (ato ilícito), pode-se situar o crime entre os fatos jurídicos”. Como se pode perceber, trata-se da definição da conduta proibida, ou seja, do conteúdo ou da matéria da norma.

Alguns autores, ainda avaliam sobre a conduta, para Damásio de Jesus (2008, p. 225), a conduta é a “ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade”. Aqui, recai sobre a concepção de ação, a qualificação da conduta, visto a palavra ação abrange o sentido estrito, que é o que se deve fazer, e a omissão, no sentido de não fazer.

E é nesse ponto que se concentra a maior dificuldade de confluência entre os penalistas, pois, conforme já observado, de acordo com o sentido que se dá a palavra ação, altera-se a ideia fundamental de crime. Já para Francisco Assis Toledo,

conduta ou ação em sentido amplo, é o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de lesão de um [bem jurídico](#), ou, ainda, para a causação de uma possível lesão a um bem jurídico.(TOLEDO, 1986, p.103)

Ainda se pode observar que conduta aponta para uma ação em sentido estrito, seja uma atividade corporal, um procedimento ativo, mas apesar de ser essa a regra, poderá também, ser consistir na omissão, que é o avesso da atividade, ou seja, é a inatividade, a abstenção, o deixar de fazer algo devido.

Na conduta típica, o sujeito ativo é a pessoa humana que pratica figura típica caracterizada em lei, podendo o mesmo, praticar o fato sozinho ou com auxílio de terceiros, compreende não só aquele que pratica o fato em sua essência, exemplo, quem mata, quem furta, como também aquele que contribui, mesmo sem desempenhar os atos típicos, de forma subjetiva ou objetiva. Vale observar, que a conduta também pode ser dolosa ou culposa e comissiva ou omissiva.

A conduta dolosa se dá quando o sujeito age de má-fé, conhece os resultados que possa causar e ainda assim a pratica objetivando algum benefício, ou fim específico. Como dito anteriormente, para a teoria finalista, o dolo é um dos fundamentos que compõe o fato típico. Representa o desejo espontâneo de cometer a conduta descrita na norma penal, portanto, não haverá conduta dolosa caso haja erro de tipo, ou seja, o indivíduo pratica a conduta sem ter a vontade ou a consciência daquilo que causou. A ação dolosa ainda se subdivide em outras duas categorias, o dolo direto e o eventual, sendo o primeiro, aquele em que o sujeito quer praticar a conduta e o segundo é aquele onde o agente admite o risco de produzir determinada consequência, concordando em sua realização.

Já a conduta culposa, é aquela em que o sujeito da causa, em decorrência de imprudência, negligência ou imperícia. E ainda segundo a teoria finalista, a culpa é elemento normativo do tipo. Assim, são fundamentos do fato típico culposos: conduta humana voluntária, de fazer ou não fazer, inobservância do dever objetivo de cuidado, manifesto através da imprudência, negligência ou imperícia, previsibilidade objetiva, ausência de previsão, resultado involuntário, nexos causal e tipicidade.

Têm-se ainda a conduta comissiva e omissiva, sendo a primeira aquela onde o sujeito faz aquilo descrito no tipo para não ser feito e a omissiva aquela onde o sujeito não pratica aquilo que deveria ser praticado, de acordo com o tipo descrito na norma. É um fazer e deixar de fazer algo do qual estava obrigado.

## 1.2 DAS NORMAS PENAIAS

O Direito Penal é um conjunto de normas com a função de proteger bens jurídicos e essas normas penais podem ser incriminadoras e não incriminadoras.

As normas penais incriminadoras são aquelas que definem as infrações e coíbem a prática de condutas, (crimes comissivos), ou determinam a prática de condutas (crimes

omissivos), sob advertência expressa e específica de uma penalidade. As normas penais incriminadoras, constituem-se de dois preceitos: o preceito primário e o preceito secundário.

O preceito primário (*preceptum iuris*) é aquele que expõe com objetividade, com clareza, com precisão, a infração penal. Sua função é detalhar a conduta que se pretende impor ou proibir.

Já o preceito secundário (*sanctio iuris*), é aquele que reproduz ameaça abstrata e individualizada da respectiva sanção penal.

Assim, como exemplo, temos: art. 159 do CP: “Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”. Trata-se de preceito primário. O preceito secundário aparece na sequência do artigo: “Pena – reclusão de oito a quinze anos”. Dessa forma, fica claro que, ao praticar a conduta descrita no preceito primário, incorre-se na pena estipulada no preceito secundário.

No caso das normas penais não incriminadoras, essas não preveem crimes, ao revés, tornam lícitas determinadas condutas, excluem a culpabilidade e auxiliam a compreender o conteúdo de certos conceitos jurídico-penais. Sua função é interpretar ou restringir o alcance da norma penal incriminadora.

As normas penais não incriminadoras também se categorizam em: permissivas, complementares e explicativas. Dentro das permissivas, encontram-se as justificantes ou exculpantes. Normas permissivas justificantes são aquelas com a função de tornar lícita uma conduta a exemplo o artigo 25 do CP que trata a legítima defesa: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Normas permissivas exculpantes são aquelas com o objetivo de excluir a culpabilidade. Como exemplo, o artigo 26 do CP:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984)

As complementares são aquelas que concedem princípios gerais integradores na aplicação da lei penal. Exemplo artigo 59 do CP:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas

aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

As explicativas têm o objetivo de esclarecer, de tornar compreensíveis determinados conceitos. Como se pode perceber no art. 327 do CP, que traz o conceito de funcionário público, tornando assim mais fácil o entendimento de funcionário público para fins penais:

Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública § 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Assim sendo, as normas penais não incriminadoras explicativas e complementares, esclarecem, limitam ou complementam as normas penais incriminadoras, podendo estabelecer a infração penal elucidando ou complementando o preceito primário, assim como ordenando a consequência jurídica esclarecendo, limitando ou complementando o preceito secundário.

### 1.3 DAS NORMAS PENAS EM BRANCO

De acordo com o dicionário da língua portuguesa Michaelis, norma “é aquilo que regula procedimentos ou atos; regra, princípio, padrão, lei”. Norma é uma palavra que vem do latim e significa “esquadro”. É uma lei, que deve ser obedecida e que estabelece, determina condutas. É um imperativo.

As normas penais são imposições jurídicas onde cometer infração tem como consequência um direito ou obrigação de punir por parte do Estado. As normas penais em branco são disposições que carecem de arremates para que se possa discernir o campo de ação de seu mandamento principal.

Ou seja, ainda que haja uma definição da ação impedida, essa definição exige impreterivelmente, um suplemento retirado de outras leis, decretos, regulamentos e etc, para que possam, de fato, serem compreendidas as fronteiras da proibição ou obrigação determinada

pela norma penal, visto que, sem tal adendo, faz-se inadmissível sua execução. Segundo Assis Toledo:

Normas penais em branco são aquelas que estabelecem a cominação penal, ou seja, a sanção penal, mas remetem a complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas. (TOLEDO *apud* GRECO, 2004, p. 25)

Também pode-se destacar que são normas muito versáteis, visto que o conteúdo de proibição altera-se facilmente de acordo com as transformações por que passam os fatos a que se relacionam. Como exemplo: determinado indivíduo foi pego com certa quantia de maconha para seu próprio uso. O artigo 28, da Lei nº 11.343/2006 diz:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para uso pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:  
I – advertência sobre os efeitos das drogas;  
II – prestação de serviços à comunidade;  
III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Diversas vezes, o complemento que requer a norma penal em branco, é suprido por outra lei, ou por outro diploma que não uma lei em sentido estrito. São denominadas homogêneas e heterogêneas.

Normas penais em branco homogêneas são aquelas onde o complemento se origina da mesma espécie normativa que editou a norma penal em branco, em outras palavras, lei completada por lei. Como exemplo temos o artigo 237 do CP: “Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena - detenção, de três meses a um ano”.

Assim, para haver a responsabilização por cometer tal delito, necessário se faz conhecer quais são os impedimentos que causam a deliberação de nulidade absoluta do casamento.

Já as normas penais em branco heterogêneas são aquelas onde o complemento se origina de fonte legislativa diferente da norma penal em branco. Como por exemplo, o art. 28 da lei de entorpecentes, visto que seu complemento foi produzido por uma autarquia Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) relacionada ao Ministério da Saúde.

### 1.3.1 Leis penais em branco e o princípio da legalidade

Há que se dizer ainda, que em relação as normas penais em branco heterogêneas pairam dúvidas concernentes ao princípio da legalidade, poderia a norma penal em branco afrontar tal princípio? Nesse sentido, duas correntes se formam sobre o tema.

A primeira corrente, na qual se insere Rogério Greco, o entendimento é favorável ao desacato a tal fundamento e tal entendimento se dá em função de observar que o conteúdo da norma penal, poderá ser alterado sem deveras ter havido esgotamento de debate sobre o assunto, pela sociedade, como ocorre quando projetos de leis são levados a avaliação de ambas as casas do congresso e neste sentido, é levada em consideração a vontade do povo, através de seus deputados, assim como a dos Estados, representados por seus senadores e ainda submetidos ao controle do Poder Executivo, que pratica o controle de freios e contrapesos. Para ele, merecem destaque as lições de Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar, quando escreveram:

Não é simples demonstrar que a lei penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucionalmente proibida. Argumenta-se que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, ao passo que quando tanto a lei penal em branco quanto sua complementação emerge da fonte geradora constitucionalmente legítima não se faz outra coisa se não respeitar a distribuição da potestade legislativa estabelecida das normas fundamentais. O argumento é válido, mas não resolve o problema. Quando assim se teorizou, as leis penais em branco eram escassas e insignificantes: hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais, como fruto de uma banalização e administrativização da lei penal. A massificação provoca uma mudança qualitativa: através das leis penais em branco o legislador penal está renunciando à sua função programadora de criminalização primária, assim transferida a funcionários e órgãos do poder executivos, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula da *ultima ratio*, própria do estado de direito. (BATISTA *et al*, 2003, p. 205-206).

A segunda corrente, ampla maioria, onde se incluem Cezar Roberto Bitencourt e Rogério Sanches (LFG, 2018) entre outros, entende não haver ofensa ao princípio da legalidade, quando a norma penal em branco pressupõe o que se denomina núcleo essencial da conduta. Assim como, para essa corrente, não há que se falar em transgressão ao princípio da taxatividade, visto que, enquanto não houver complemento à norma, não possui exequibilidade, não havendo desta forma inconstitucionalidade.

Evidencie-se aqui, que as normas penais em branco homogêneas ainda podem ser fragmentadas em outras duas subespécies, sendo elas as homovitelinas ou homólogas e as heterovitelinas ou heterólogas.

Normas penais em branco homovitelinas são aquelas onde o adendo normativo se integra no mesmo documento legal. Exemplo: No crime de peculato (artigo 312 do CP), a elementar “funcionário público” está descrita no próprio CP, artigo 327 do CP.

Já as normas penais em branco heterovitelinas são aquelas onde o adendo normativo está inserido em documento legal diverso, como exemplo para tal caso, no delito de ocultação de impedimento para o casamento, art. 236 CC.

Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior. Pena – detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único – A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

As hipóteses impeditivas da união civil estão elencadas no Código Civil, artigos 1521 a 1524 do Código Civil de 2002.

#### 1.4 DAS NORMAS PENAS IMPERFEITAS

Vale ressaltar ainda, a existência da norma penal incompleta também denominada imperfeita ou norma penal em branco invertida, ao revés ou ao avesso, onde o complemento ausente é a disposição secundária, dessa forma, a pena. Como exemplo para tal caso, temos a subtração do sinal de TV a cabo, objeto de estudo desta tese e que será mais detalhado ao discorrer do tema. Por hora, importante se faz evidenciar os dizeres de Luiz Flávio Gomes que analisa a conduta como norma penal em branco invertida, visto que a falta da sanção à referida norma, não permite a aplicação da *analogia in malam partem* para fins de repressão à conduta específica.

De acordo com Luiz Regis Prado:

a lei penal estruturalmente incompleta, também conhecida como lei penal imperfeita, é aquela em que se encontra prevista tão-somente a hipótese fática (preceito incriminador), sendo que a consequência jurídica localiza-se em outro dispositivo da própria lei ou em diferente texto legal. (PRADO *apud* GRECO, 2004, p. 28)

Outro exemplo acerca do assunto está na lei n° 2.889/56:

Art. 1° - Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:  
a) matar membros do grupo;  
b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;

Com as penas do art. 270, no caso da letra c;

Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

Com as penas do art. 148, no caso da letra e;

Realizando a análise do referido artigo, nota-se que o preceito primário está completo, especificando cada tipo penal. Entretanto, o preceito secundário, nos remete a textos penais distintos, fato que a transforma em incompleta ou imperfeita.

## 2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Tem-se o princípio da legalidade como vindo da expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que possui como significado: não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina. Tem sua representação no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Da mesma forma, segue o art 1º do CP: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Segundo Nucci, “o Estado Democrático de Direito jamais poderia consolidar-se, em matéria penal, sem a expressa previsão e aplicação do princípio da legalidade”. (NUCCI apud ESTEFAM et al,2016,p.105)

O princípio da legalidade pode ser encontrado na CF em várias partes, assim como em códigos e outros documentos. Porém, há que se verificar a diferença entre a legalidade penal e o princípio da legalidade em sentido amplo, que é o que está previsto no art. 5º, II, da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A análise de tal preceito e o que se pode extrair dele, é que trata-se de uma regra geral e abstrata, através dela podemos contemplar que somente a lei pode criar direitos, deveres e fazer vedações e que todos os indivíduos estão vinculados as normas estabelecidas. É regra geral limitadora da liberdade individual do ser humano. Dessa forma, cada indivíduo se torna compelido a se comportar conforme o que determina e orienta a legislação vigente, tendo em vista este princípio alcançar todas as normas em vigor, contando desde as constitucionais até leis complementares, ordinárias e delegadas, e ainda medidas provisórias, atos administrativos e etc.

Segundo Paulo Bonavides:

O princípio de legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.(BONAVIDES, 2009,p.102)

Em relação a origem histórica do princípio da legalidade, Rogério Greco e a maioria dos doutrinadores, afirma que o mesmo surgiu na Carta Magna Inglesa de 1215 em seu art. 39:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País. (GRECO, 2004, p.106)

De forma oposta a esse entendimento aparece o pensamento de Cobo Del Rosal e Vives Antón:

As origens do princípio da legalidade remontam, segundo alguns, a Magna Carta, mas seria enganoso situar nesse texto sua primeira formulação. E isso, nem tanto pelas razões deduzidas da natureza feudal do dito documento, senão porque, historicamente, o princípio da legalidade, tal e como é entendido no Direito Penal continental, não deriva dele. Na Magna Carta pode encontrar-se a origem da chamada *rule of law* própria do Direito anglo-saxão que, se tem certo paralelo com o princípio da legalidade, não deixa de apresentar importantes traços diferenciais. Com efeito enquanto o princípio da legalidade traduz o domínio da Lei sobre os juizes, a *rule of Law* representa, fundamentalmente, uma garantia jurisdicional. Dita peculiaridade deriva das características do desenvolvimento histórico do Direito anglo-saxão (perpetuadas no sistema norte-americano), no qual a 'lei da terra', fundada no Direito natural e aplicada pelos juizes ordinários, chega a estar acima do Direito estatutário, criado pelo Parlamento. Pode, pois, afirmar-se que o princípio da legalidade é uma criação do pensamento iluminista, cujas primeiras manifestações positivas apareceram, ulteriormente, com a Revolução Francesa. (COBO;ANTÓN, 1999,p.173)

Com o término da revolução francesa, o princípio da legalidade materializou-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde segundo Greco, alcança os padrões impostos pelo Direito Penal, posteriormente sendo incorporado em todos os grandes ordenamentos e adotado do Direito brasileiro em meados de 1830, quando estabelecida a Constituição Imperial. Também em 1830, foi previsto no Código Criminal do Império em seu art. 1º: “Não haverá crime, ou delicto sem uma lei anterior, que o qualifique”.

A partir de então, tal princípio se consolidou em nosso ordenamento, sendo previsto repetidamente nas Cartas de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988, exceto na Carta de 1937 do Estado Novo de Getúlio Vargas, em razão do período da Ditadura Militar vivido no país. Mas aparece novamente no Código Penal de 1940, de onde se observa haver grande preocupação dos legisladores em tutelar o povo brasileiro de um Estado arbitrário, pois a previsão de tal princípio aparece tanto na Carta Magna, quanto no Código Penal.

Ao fazer a análise desse princípio tão importante no ordenamento jurídico, observa-se que o mesmo possui quatro funções primordiais que são: coibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), coibir a constituição de crimes e penas baseado em costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), coibir a aplicação de analogia para constituir crimes, embasar ou aumentar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), coibir acusações vagas e imprecisas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Segundo Assis Toledo:

A afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação de direito consuetudinário para a fundamentação ou agravamento da pena, como ocorreu no direito romano e medieval. (TOLEDO *apud* GRECO, 2004, p.107)

Se a análise partir do ponto de vista político, há que notar que desde a sua gênese possui um objetivo bastante evidente que é conceder segurança jurídica, colocando os indivíduos a salvo de punições criminais sem suporte em lei, de conteúdo determinado e anterior à conduta.

Dessa forma, assegura-se aos cidadãos que agindo de forma lícita segundo a legislação vigente, não poderão sofrer as imposições penais.

Sob o ponto de vista jurídico, a análise se dá sobre a exigência de haver total integração entre conduta realizada e o modelo abstrato contido na lei, conforme citado anteriormente. Assim sendo, caso a ação ou omissão não esteja anteriormente prevista em lei, não haverá sanção.

Ainda há que se verificar que o princípio da legalidade ainda subdivide-se em outros quatro subprincípios, sendo eles: anterioridade da lei (*lege praevia*), reserva legal (*lege scripta*), proibição da analogia *in malam partem* (*lege stricta*) e taxatividade da lei (*lege certa*).

## 2.1 DA ANTERIORIDADE

Por esse princípio, para se falar em violação da lei, necessário se faz a mesma ter sido editada pelo Poder Legislativo anteriormente. Assim, a prática da conduta deve ser posterior a criação da lei penal para ser considerada criminosa a ação ou omissão cometida pelo agente.

Dessa forma, a lei deverá ser aplicada somente nos casos ocorridos após o início da sua vigência, podendo ser aplicada a fatos anteriores a mesma, somente quando favorecer o indivíduo que praticou qualquer conduta prevista pela referida lei.

Nesse caso evidencia-se regra geral do direito penal, a irretroatividade da lei, que não incorpora fatos anteriores a sua criação. Existe porém exceção à regra já citada anteriormente e que consta expressa na CF, em seu art. 5º, inciso XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Também o Código Penal, em seu art 2º, parágrafo único determina: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Assim, anterioridade da lei penal é consequência da legalidade e não pode existir se ela, visto que não haveria porquê garantir a lei como fonte específica de incriminação se a mesma pudesse alcançar ato ocorrido anteriormente a sua edição. Não há, portanto, legalidade sem anterioridade.

Diante disso é possível concluir que o princípio da legalidade penal é um garantidor de limitação da ação do Estado, pois garante a cada indivíduo que o Estado só poderá agir em harmonia com lei, punindo condutas previamente determinadas pela legislação em vigor, trazendo a certeza que não haverá arbitrariedade em sua atuação.

## 2.2 DA RESERVA LEGAL

O princípio da reserva legal requer lei para tipificar condutas e assim estabelece que apenas lei em sentido estrito, entenda-se lei ordinária ou complementar, pode gerar regras de Direito Penal. A legalidade não se fixa ao fundamento de crime ou pena através de costumes, necessário se faz a existência da lei em seu sentido formal.

Ao direito baseado em costumes, não tem potência coercitiva para fundamentar existência de infrações penais ou ainda, exacerbar o trato conferido àquelas prognosticadas em lei anterior. Dessa forma, ainda que bastante entranhados no seio da sociedade, os usos e costumes, nunca terão legitimidade como fonte imediata para os tipos penais incriminadores.

Lei penal é *Lex Populi*, visto que no Estado de Direito, o povo determina quais atos serão considerados infrações penais diante de toda a sociedade. No caso do Estado brasileiro, o povo concebe suas normais penais por meio dos representantes por ele escolhidos através de eleição e que por sua vez, compõem o Congresso Nacional.

Segundo Luiz Regis Prado:

O fundamento de garantia da reserva de lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo. O motivo que justifica a escolha do Legislativo como o único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrático. (PRADO, 2006, p.131)

Porém, não há empecilho para que costumes possam ser aplicados para municiar as normas permissivas, ou seja, aquelas onde o agente pratica uma conduta com liberdade de ação, a exemplo, os trotes acadêmicos. No caso do exemplo citado, é comum ocorrerem situações onde certas condutas cometidas por veteranos contra calouros se analisadas a luz da norma vigente, poderiam ser caracterizadas como constrangimento ilegal, conforme art. 146 CP:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Entretanto, não assumem o caráter criminoso, tendo em vista existir entendimento que tais posturas constituem exercício regular de um direito, art. 23, III, CP, com ressalva para o fato da necessidade de tais condutas sejam praticadas de forma positiva com intuito de facilitar a adaptação do estudante novato ao ambiente ainda desconhecido.

Da mesma forma, os costumes podem funcionar como fonte mediata do direito penal quando contribuem para melhor entendimento de certos elementos normativos do tipo, diga-se aqueles, que carecem de reconhecimento cultural.

Um bom exemplo nesse caso é analisar a expressão ato obsceno, que está prevista no CP em seu art. 233. É possível considerar que os trajes utilizados na atualidade, principalmente pelas mulheres, durante o período do carnaval, configurariam ato obsceno há décadas atrás. No entanto, não causa qualquer espanto ou constrangimento nos dias atuais exatamente em função dos costumes. Não há qualquer ofensa à sociedade de forma geral a exposição do corpo durante uma apresentação de carnaval, porque nos dias atuais tal exposição não afronta o sentimento de pudor presente na coletividade. O que torna lógico que o sentimento social de décadas atrás consideraria tal conduta de acordo com dispositivo legal

Segundo Carlos Maximiliano:

A interpretação adapta-se à época, atende aos fatores sociais, afeiçoa a norma imutável às novas teorias, à vitoriosa orientação da ciência jurídica. Todo direito é vivo, dinâmico, (...). Também serve (o costume) para pôr de acordo ao preceito expresso, com a vida e a realidade social. Variando, por exemplo, o conceito de honra, Medicina, religião, etc., pelo novo se orienta o juiz ao

apreciar delitos contra honra alheia, o exercício da arte de curar, etc. (MAXIMILIANO *apud* ESTEFAM *et al*, 2016, p.109)

É importante também compreender que o processo legislativo abrange a criação de emendas constitucionais, leis complementares, ordinárias e delegadas, assim como, medidas provisórias, decretos e resoluções. Entretanto, é preciso entender quais dessas espécies normativas poderão versar sobre as matérias penais.

Quanto às emendas constitucionais, essas poderão somente instituir princípios ou regras penais, observando ainda manter intocadas quaisquer cláusulas pétreas.

Dito isso, é fato que qualquer emenda constitucional que se destinasse a revogar, por exemplo, princípios constitucionais penais tais como legalidade, culpabilidade e etc., seria proposta completamente sem êxito.

As leis complementares e ordinárias são matérias pertinentes para o Direito Penal, seja quando estabelecem normas gerais, definem crimes ou contravenções. Pode-se dizer que a grande quantidade de leis penais existentes se baseia em leis ordinárias e raramente em leis complementares.

Sobre as medidas provisórias, estas carecem de ser criadas pelo Presidente da República, quando houver relevância e urgência e serem submetidas a apreciação do Congresso Nacional. Possuem força de lei e apareceram no campo jurídico com a CF 88 que, a priori, não impôs limite material à sua edição.

Quando de seu surgimento, a doutrina segmentava em relação a possibilidade das mesmas versarem sobre assuntos criminais, contudo, predominava entendimento negativo em relação ao fato, com base na fragilidade de tais normas que prevaleciam por curto espaço de tempo.

A partir da Emenda Constitucional nº32, a utilização das medidas provisórias se tornou proibida em diversos setores jurídicos, englobando o Direito Penal, conforme art. 62, § 1º, I, b:

Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

b) direito penal, processual penal e processual civil;

Todavia, existe debate sobre a questão, quando tal proibição atinge as medidas provisórias *in bonam partem*, isto é, aquelas que apreciem a liberdade individual em prejuízo do direito de punir do Estado.

A razão da vedação está no fato de tais espécies normativas se mostrarem instáveis, com sustentação condicionada a evento futuro e incerto, visto que dependerá da apreciação do Congresso Nacional, que poderá ou não a converter em lei.

Quando há então medida provisória versando sobre matéria benéfica, há divergência entre duas normas constitucionais: o art. 5º, *caput*, que trata o direito à liberdade e a vedação acima citada do art. 62, § 1, I, b da MP 32. Nesse caso, o maior valor constitucional deverá prevalecer, o direito de liberdade.

Vale salientar, conforme adverte André Estefam:

Que um setor da doutrina acredita ser possível a existência de medidas provisórias benéficas em matéria penal. Como exemplos de medida provisória benéfica, pode-se citar a Medida Provisória nº417, de 2008 (posteriormente convertida na Lei nº11.706, de 19/06/2008), que autorizou a entrega espontânea de armas de fogo à Polícia Federal, afastando a ocorrência do crime de porte ilegal (art.14 da Lei nº 10.826, de 2003). (ESTEFAM *apud* GRECO,2015, p.154)

Quanto às leis delegadas, de acordo com o art. 68, § 1º, II da CF:

As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

Fica explícito aqui, que a lei delegada nunca será aceita em matéria penal, pois o Direito Penal está intimamente ligado às questões relativas aos direitos individuais dos indivíduos, a saber, a liberdade e em alguns casos, a propriedade.

Resolução e decreto legislativo são espécies normativas privativas do Congresso Nacional, criadas sem a colaboração do Presidente da República e por tal motivo, não podem conter normas penais incriminadoras.

### 2.3 DA VEDAÇÃO DA ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*

Analogia é o artifício de inclusão do ordenamento jurídico pelo qual se aplica norma existente para resolver caso concreto análogo sem prescrição legal.

Para Maria Helena Diniz (1991, p.121), analogia consiste em: “Aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado”.

Os critérios para utilização desse método são: a existência de lacuna na lei e a localização dentro do ordenamento jurídico de remédio legal semelhante, ou seja, uma norma jurídica que tenha sido estabelecida para regulamentar caso análogo.

O Direito Penal contempla somente a analogia *in bonam partem*, qualificada como aquela que é aplicada para beneficiar o sujeito ativo da infração penal, pois limita o poder de reprimir do Estado e dilata o direito à liberdade do indivíduo. Como exemplo, art. 22 do CP: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Tal artigo traz consigo duas causas de inexigibilidade de conduta diversa que são a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, o que quer dizer que, havendo essas excludentes, o agente será absolvido.

Isso significa dizer, que sempre que se considerar impossível o réu tomar outra atitude, agir de modo diferente, este será absolvido, ainda quando o caso não constituir coação moral irresistível ou obediência hierárquica. E essa dilatação da norma permissiva no art. 22 fundamenta-se na analogia *in bonam partem*.

Existe, porém, no Direito Penal, vedação a analogia *in malam partem*. Ou seja, aquela utilizada em prejuízo ao agente da infração penal, exatamente por criar delitos não previstos em lei ou ainda agravar a punição dos fatos já regulados pela norma, o que ofende o princípio da legalidade. Como exemplo tem-se o art. 63 do CP: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Nesse caso, o CP estipula como reincidente o indivíduo que comete crime, já tendo sido condenado com trânsito em julgado por outro crime, seja no Brasil ou no estrangeiro. No entanto, o art. 7º da Lei de Contravenções Penais, define reincidente: “Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha

condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção”.

Assim, verifica-se uma lacuna na fusão dos dois dispositivos. Não é reincidente agente de crime realizado depois de ter sido inexoravelmente condenado por contravenção penal. Ou seja, se o agente for condenado definitivamente por contravenção penal, este será considerado reincidente caso venha cometer nova contravenção, contudo, se o mesmo cometer um crime, será considerado primário.

Ainda nesse caso, não poderá ser retificado o erro de omissão pelo emprego da analogia, o que faria que em ambas situações houvesse reincidência, visto agravar a pena de um fato sem expressa previsão legal.

Sobre as espécies de analogia, pode-se ressaltar que são duas: analogia *legis* e analogia *juris*. Carlos Maximiliano ensina sobre as duas, então analogia *legis* ocorre quando “falta uma só disposição, um artigo de lei, e então se recorre ao que regula caso semelhante”. Já a analogia *juris*, segundo ele, ocorre quando:

Não existir nenhum dispositivo aplicável à espécie nem sequer de modo indireto; encontra-se o juiz em face de um instituto inteiramente novo, sem similar conhecido; é força, não simplesmente recorrer a um preceito existente, e, sim, a um complexo de princípios jurídicos, à síntese dos mesmos, ao espírito do sistema inteiro. (MAXIMILIANO *apud* ESTEFAM *et al*, 2016, p.180)

Assim, na analogia *juris*, a norma é retirada de um caso singular, conquanto abstraída de todo o sistema ou de parte dele.

## 2.4 DA TAXATIVIDADE

Taxatividade, ou *lege certa*, está ligada ao princípio da legalidade, pois o mesmo, nunca poderá efetivar seu papel se a norma jurídica, mesmo que anterior à conduta, puder ser editada de forma generalizada ou vaga, que não se possa limitar de forma segura e concreta as condutas que a integram.

Dessa forma, os tipos penais vagos são considerados inconstitucionais. Isso porque a lei penal precisa ser concreta e determinada em sua essência, de forma a não gerar dúvidas quanto a sua aplicabilidade ou causar hesitação jurídica. Afinal, caso não seja possível entender o que significa ou determinar sua abrangência, não será possível que os indivíduos a ela submetidos possam se orientar ou reconhecer o conteúdo da proibição.

Portanto, existe definitivamente a imposição que a lei penal seja taxativa, especificando de forma objetiva e clara o ato criminoso. Conforme salienta Luis Luisi, isso se torna necessário, pois no caso contrário:

O princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrarias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei. (LUI SI *apud* ESTEFAM, 2016, p.113)

É possível exemplificar a ofensa ao princípio da taxatividade da lei penal mencionando o Código Penal alemão de 1935, que determinava: “Será punido quem comete um ato que a lei declara como punível ou que merece pena de acordo com a ideia fundamental da lei penal e de acordo com o sentimento sadio do povo”. Vale observar que o texto contém diversas noções vagas e imprecisas de onde se poderia considerar criminoso o agente que infringisse a norma penal, ou cometesse ato contrário à “ideia fundamental da lei penal” ou ao “sentimento sadio do povo”.

É necessário observar que a exatidão que necessita a lei penal, se dá na especificação das condutas, porém, não se impede que sejam incorporadas ao texto expressões abrangentes que aumentem a extensão da norma incriminadora. Não havendo dúvidas sobre o eixo central do tipo penal, as demais expressões não descaracterizam a norma incriminadora. De onde vem a legitimidade dos tipos penais abertos, que são aqueles onde se verifica conceitos amplos, mas precisos quanto ao seu conteúdo, a exemplo o tipo penal dos crimes culposos.

Com o objetivo de observar a taxatividade o legislador utiliza o método exemplificativo, onde estipula uma regra geral e logo após, suposições casuísticas, sobre as quais o magistrado deve se fundar na aplicação da lei. Esse método requer do magistrado um respaldo de suas opções quando estas não estiverem vinculadas ao texto expresso da lei.

Visto o princípio da taxatividade, existem questões ainda sobre o princípio da legalidade a serem exploradas.

Diante disso, algumas observações sobre esse princípio poderão ser analisadas de maneira mais específica, como no tocante às medidas de segurança. Nesse ponto especial, é importante ressaltar que o princípio da legalidade se estende às medidas de segurança. Embora o tema não seja pacífico.

Existem autores que entendem que as medidas se encaixam em uma classe a parte e dessa forma esquivam-se da observância dos princípios constitucionais penais. Para isso, evidenciam entre outros aspectos dessas sanções, sua natureza prognóstica, assim se pode justificar que tais medidas possam ser instituídas com fundamento em lei posterior ao fato.

Contudo, diferente é a visão do STF sobre o assunto. Assim, estendeu às medidas de segurança a disciplina constitucional destinada às penas.

Em relação à execução penal, aplica-se também o princípio da legalidade, pois é nessa fase que se torna realidade, com a intenção executória do Estado.

Como já dito anteriormente, esse princípio protege a todos os indivíduos da sociedade, pois visa garantir a liberdade individual do cidadão, tutelando a todos do arbítrio estatal. Dentre os seus fundamentos encontra-se o princípio da isonomia, visto a lei penal valer para todos.

Aqui, também existe divergência de pontos de vista. Alguns penalistas baseiam-se no princípio da culpabilidade que presume conhecimento prévio da lei penal infringida. Outros se baseiam na divisão de poderes e o princípio democrático com seus fundamentos, para ditar limites a liberdade dos indivíduos.

Uma outra parte de autores tem como base a proteção da confiança do cidadão que objetiva agir em conformidade com a lei, dessa forma sem correr qualquer risco de ser penalizado por suas condutas.

E para outros, trata-se da garantia da objetividade da lei penal visto determinar previamente no que consiste delito e obviamente aquilo que não constitui, através da exclusão.

### **3 A TIPICIDADE DA OBTENÇÃO CLANDESTINA DE SERVIÇO DE TV À CABO: A DIVERGÊNCIA NA DOCTRINA E NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

#### **3.1 POSIÇÕES DA DOCTRINA E SUAS CONTROVÉRSIAS**

O tema da pesquisa em questão versa sobre a subtração de sinal de TV a cabo, um tema bastante controverso e também bastante presente na sociedade atual. Basta observar o crescimento da conduta nos últimos tempos.

A utilização das chamadas “skygato”, ou “gatonet”, tem alcançado todas as classes, da sociedade e o número de famílias que recorrem a captação clandestina do sinal de TV a cabo tem alavancado os índices de consumação da conduta.

Na doutrina, fica ainda mais notável como a questão é verdadeiramente polêmica, discutível, pois se têm posicionamentos na direção da tipicidade da conduta, bem como, na direção da atipicidade da mesma e não há pacificação sobre o fato.

Primeiramente, necessário se faz a explanação do tipo penal, trata-se do crime de furto, tipificado no art. 155 do CP que assim determina:

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

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um terço a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II – com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III – com emprego de chave falsa;

IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º 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.

Nesse momento, torna-se necessário também, determinar qual é a abrangência e o sentido do dispositivo legal, além de firmar os elementos objetivos e subjetivos do tipo, a objetividade jurídica protegida pela norma, os sujeitos do crime e ainda o objeto material do delito.

Dessa forma, tem-se a conduta principal, estabelecida pelo verbo nuclear “subtrair”, que quer dizer em outras palavras, retirar, apoderar-se da coisa de forma a indisponibilizá-la de seu legítimo dono. E nesse sentido, esclarece Nucci:

Subtrair significa tirar, fazer desaparecer ou retirar e, somente em última análise, furtar (apoderar-se). É verdade que o verbo “furtar” tem um alcance mais amplo do que “subtrair”, e justamente por isso o tipo penal preferiu identificar o crime como sendo furto e a conduta que o concretiza como subtrair, seguida, é lógico, de outros importantes elementos descritivos e normativos. Assim, o simples fato de alguém tirar coisa pertencente a outra pessoa não quer dizer, automaticamente, ter havido um furto, já que se exige, ainda, o ânimo fundamental, componente da conduta de furtar, que é assenhorear-se do que não lhe pertence. (NUCCI, 2015, p. 864)

Em relação a objetividade jurídica do dispositivo legal, é fato que o bem protegido pela norma em questão, é o patrimônio e na doutrina, pode-se verificar entendimento apontando para o fato da incriminação do furto, proteger a posse, a detenção do bem e indiretamente, a propriedade. Nesse pensamento, seguem alguns doutrinadores, como Greco e Noronha (MARTINS, 2015, n.p.), mas também há entendimento no sentido inverso, onde em primeiro plano, a proteção se dá sobre a propriedade e só depois a posse, conforme expõe Capez citando Nelson Hungria:

Entendendo que o tipo penal protege principalmente a propriedade e só acessoriamente a posse, segundo a qual, na subtração da coisa móvel que esteja em poder de possuidor direto, quem, na realidade, tem o seu patrimônio desfalcado é o possuidor indireto, ou seja, o proprietário (HUNGRIA *apud* CAPEZ, 2014, p. 252).

Sobre os sujeitos da ação, vale ressaltar que o autor da conduta ou sujeito ativo da mesma, não requer qualificação especial, dessa forma, poderá ser qualquer indivíduo, visto tal delito ter a classificação de crime comum. Assim compreende Cleber Masson:

Qualquer pessoa (crime comum), com exceção do proprietário da coisa móvel, pois ela há de ser “alheia”. Na figura qualificada relativa ao abuso de confiança a lei prevê um crime próprio ou especial – somente pode ser praticado pela pessoa em quem a vítima depositava uma especial confiança. O ladrão que furta ladrão, relativamente à coisa por este subtraída, comete crime de furto. O bem cada vez mais se distancia da vítima, tornando ainda mais improvável sua recuperação. O sujeito passivo, porém, não será o primeiro larápio, e sim o proprietário ou possuidor da coisa, vítima do delito inicial. A pessoa que, depois de efetuar empréstimo e empenhar bem de sua propriedade, a título de garantia, o subtrai, assim como aquele que tira de terceiro coisa que estava em seu poder por determinação judicial, responde pelo crime definido pelo art. 346 do CP. (MASSON, 2014, p. 665)

Em contrapartida, o sujeito passivo da ação, é o dono da propriedade ou da posse, uma vez que somente o proprietário ou o possuidor do bem móvel, poderão ser vítimas do crime de furto, independentemente de ser pessoa física ou jurídica. Há que se ressaltar aqui, que caso não seja possível identificar o dono da propriedade ou da coisa móvel furtada, em nada muda a tipificação do delito.

Em relação ao objeto do crime de furto, trata-se de coisa alheia móvel. Desse modo, explica Capez:

Toda substância material, corpórea, passível de subtração e que tenha valor econômico. Uma ideia, enquanto entidade imaterial, não pode ser furtada, salvo se estiver corporificada em um documento. As coisas de uso comum, como a luz, o ar, a água do mar ou dos rios, em princípio, também não podem ser objeto material desse delito, salvo se houver a possibilidade de seu destacamento e aproveitamento de forma individual (...). O Código Civil também dispõe que as coisas legalmente inalienáveis estão fora do comércio, porém tal obstáculo da lei civil não impede que sejam objeto de furto, desde que possível a sua mobilização (CAPEZ, 2014, p. 252-253).

Daí o entendimento para o Direito Penal acerca de coisa móvel, pois reputa coisa móvel como tudo aquilo que pode ser transportado, tudo o que pode ser levado de um lugar para outro. Além do mais, essa coisa móvel, necessariamente deverá pertencer a outrem.

Assim, essa coisa móvel, pertencente a outrem, funciona como elemento normativo do tipo. E o elemento subjetivo é o dolo, visto tal modalidade de crime, não aceitar a modalidade culposa. O dolo consiste na vontade consciente de efetuar a subtração.

Ainda há, que para a configuração do tipo, não basta apenas o dolo, mas ainda que o furto seja executado com ânimo definitivo, quando definido no artigo pela expressão “para si ou para outrem”.

De fato, esclarecidas algumas questões pertinentes ao crime de furto, no tocante ao tema deste trabalho, cabe também especificar sobre o furto de energia, pois o mesmo torna-se imprescindível quando da análise da tipicidade ou atipicidade da conduta. Isso se dá, porque para alguns doutrinadores, a conduta se faz típica em interpretação por analogia ao art. 155, § 3º, do CP, pois consideram tal conduta semelhante ao furto de energia.

Conforme observado sobre o artigo acima citado, o mesmo estendeu a abrangência da coisa móvel integrando assim, a energia elétrica ou qualquer outra que possua valor econômico. Dessa forma, fica configurado crime de furto quando são criados os chamados “gatos”, que são

ligações clandestinas realizadas em poste de luz para se beneficiar da utilização da mesma sem pagar por ela.

Assim, a doutrina entende como norma penal explicativa criada para apartar discussões acerca da subtração da energia elétrica e as demais também de natureza econômica. Segundo as palavras de Masson:

Cuida-se de norma penal explicativa, e na expressão “qualquer outra que tenha valor econômico” ingressam, exemplificativamente, as energias nuclear, radioativa, cinética, atômica, mecânica, térmica e eólica, bem como o sinal fechado de televisão (TV a cabo ou equivalente). (MASSON, 2014, p. 286).

Assim, seguindo o pensamento de Masson, ratifica Capez:

O legislador equiparou à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico (...). Consoante interpretação analógica, também configura o crime em tela a subtração de energias atômica, térmica, solar etc., pois têm valor econômico (CAPEZ, 2014, p. 446).

Há que ressaltar, que o crime não configura apenas quando a energia possua valor econômico, ainda é necessário que tal energia seja passível de subtração.

Ainda há que a tipificação do crime poderá variar de acordo com a forma como tal energia tenha sido deslocada. Por exemplo, se o sujeito da ação desviar a energia antes que esta seja registrada pelo medidor da companhia que a fornece, ocorrerá de fato o chamado “gato” de energia. Nesse sentido, explica Bitencourt:

Quando esse “desvio” ocorre antes do medidor oficial, em nossa concepção, configura a efetiva subtração de energia elétrica, que, legalmente, é equiparada a coisa móvel, tipificando-se o crime de furto. A figura do furto pressupõe uma ligação clandestina, desde a origem, ilícita. Ademais, essa subtração nada tem que a torne “qualificada”, amoldando-se, por isso, com perfeição, à figura do furto simples, ao contrário do que normalmente se tem entendido. Seria demais, além de suportar uma “ficção” de coisa, ainda agravar exageradamente uma “subtração” simples. (BITENCOURT, 2012, p. 66).

Porém, se o agente apenas fraudar o medidor de energia, permitindo que a mesma passe por ele, mas seja registrada de forma fraudulenta, causando prejuízo a empresa fornecedora, o crime configurado neste caso é o de estelionato. E nesse caso, também define Bitencourt:

Contudo, quando o desvio da energia ocorre após o medidor, o agente, para “subtraí-la”, necessita fraudar a empresa fornecedora, induzindo-a a erro, causando-lhe um prejuízo em proveito próprio. A ligação da energia continua oficial; o fornecedor, ludibriado, acredita que a está fornecendo corretamente, desconhecendo o estratagema adotado pelo consumidor. Enfim, nessa

hipótese, com certeza, a conduta amolda-se à figura do estelionato. A ligação lícita, preexistente, afasta uma conduta cujo verbo nuclear é “subtrair coisa alheia móvel”, que pressupõe a inexistência da posse do objeto subtraído (BITENCOURT, 2012, p. 66).

Cabe ainda ressaltar conflito existente na doutrina concernente ao crime de furto de energia no que diz respeito a sua configuração, pois seria tal delito um crime continuado ou um crime permanente? Mais uma vez cabe aqui ressaltar entendimento de Bitencourt sobre o fato:

Ocorre crime continuado quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes da mesma espécie que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (...). Por outro lado, permanente é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro) (...). Assim, na subtração de energia elétrica, considera-se consumado o crime quando o agente faz a ligação e começa a usufruir da energia, mas ele continua a consumir-se enquanto perdurar a fruição da res, sem solução de continuidade, enquanto não for interrompida. Logo, estamos perante um crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo. (BITENCOURT, 2012, p. 67)

Destarte, resolve-se a questão, pois trata-se de crime permanente, visto que o furto se dá quando o sujeito faz a ligação clandestina e dela começa a aproveitar-se.

Em relação ao sinal de TV a cabo, percebe-se a existência de duas correntes dominantes na doutrina e na jurisprudência sobre o assunto. De um lado, a que identifica a conduta como típica de acordo com art. 155, § 3º, do CP e de outro a que entende pela atipicidade do ato. Contudo, ainda existe uma corrente minoritária que apoia a ideia da configuração do crime de estelionato.

Com a criação da Lei nº8.977/1995, deu-se a tipificação de ilícito penal à conduta de interceptar ou receber de forma não autorizada os sinais de TV a cabo. Observe-se o art. 35 da referida Lei: “Constitui ilícito penal a interceptação ou a recepção não autorizada dos sinais de TV a Cabo”.

Porém, conforme se pode notar, o referido artigo trouxe consigo apenas o preceito primário, onde define a conduta, contudo, falta-lhe o preceito secundário, que seria a sanção imposta a quem cometesse tal delito. Dessa forma, passa o dispositivo a tratar-se de norma penal em branco invertida de acordo com entendimento de Masson: “Lei penal em branco inversa ou ao avesso: o preceito primário é completo, mas o secundário reclama complementação. Nesse caso, o complemento deve ser obrigatoriamente uma lei, sob pena de violação ao princípio da reserva legal”. (MASSON, 2014, p. 140)

De fato, de acordo com o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, bem como no art. 1.º do Código Penal, a complementação ao referido artigo, somente poderia se dar através de outra norma penal, jamais por analogia, visto que aqui, se configuraria analogia *in malam partem*. Destaca Masson:

Preceitua, basicamente, a exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois representa a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*). É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal (CF, art. 62, § 1.º, inc. I, alínea b) (MASSON, 2014, p. 71-72).

Destarte, por mais que se possa evidenciar a tipicidade da conduta de acordo com a norma penal do art. 155 do CP, ainda é assunto sujeito a controvérsia, pois existe parecer que considera tratar-se apenas de ilícito administrativo reprimido de acordo com o art. 35 da referida lei e portanto, acaba por tornar-se sem qualquer efeito, já que como analisado, falta-lhe complemento em seu preceito secundário.

Dessa forma, visando o princípio da legalidade, a maior parte da doutrina segue o entendimento de que para a configuração do furto do sinal de TV a cabo, deveria estar expressa a sanção no artigo que tipifica o delito.

Assim, conforme já explanado anteriormente, têm-se a divisão da doutrina em entendimentos opostos no que tange a (a) tipicidade da subtração do sinal de TV a cabo. Cabe agora verificar a argumentação de ambas para justificar seu posicionamento em relação ao fato.

Primeiramente, segue uma análise do pensamento da parte doutrinária que defende a tipicidade da conduta de subtrair o sinal de TV a cabo. Para essa corrente, o fundamento principal para ocorrer a tipicidade, é que o sinal de TV compreende energia de valor econômico e portanto, pode ser equiparado a energia elétrica e assim, à coisa móvel de acordo com o art. 155, § 3º, do CP. Fortalece ainda seu argumento com base nos termos do art. 35 da Lei 8.977/1995, onde a captação ou recepção do sinal de TV a cabo sem autorização, representa ilícito penal e desta forma, compete ao julgador no caso concreto, estabelecer a qual tipo penal se enquadra a captação ilícita do sinal de TV. Para esse caminho apontam importantes doutrinadores brasileiros, como se pode notar, Guilherme de Souza Nucci, Cleber Rogério Masson, Vitor Eduardo Rios Gonçalves (MARTINS, 2015, n.p.). Segue entendimento de Gonçalves:

Alguns técnicos questionam o reconhecimento do sinal de TV como forma de energia, porém, mesmo que assim não fosse, forçoso seria reconhecer o crime de furto, ao menos na figura do caput, pois não é errado dizer que os sinais constituem bens móveis incorpóreos. De qualquer modo, conforme já mencionado, os tribunais têm reconhecido o furto de energia em tais hipóteses, até porque o art. 35 da Lei n. 8.977/95 diz que “constitui ilícito penal a interceptação ou a recepção não autorizada dos sinais de TV a cabo”. Tal dispositivo não esclarece qual seria o ilícito penal, porém, considerando que o sinal é captado de forma clandestina, a conclusão é de que se trata de crime de furto. (GONÇALVES, 2011, p. 312)

Do outro lado, parte da doutrina segue o pensamento caracterizado pela atipicidade de conduta penalmente punível. Seu argumento tem como base entendimento oposto ao da primeira corrente, ou seja, a visão aqui é de que o sinal de TV a cabo não consiste em energia e, portanto, não pode ser equiparado à coisa móvel, acrescentando ainda, que é impossível subtrair sinal de TV a cabo.

Dessa forma o art. 35 da Lei 8.977/1995, não disporia de preceito secundário, obviamente, se tornaria impossível aplicar a analogia ao art. 155, § 3º, do CP. Dentre os doutrinadores que posicionam-se nesse lado da questão, estão: Cezar Roberto Bitencourt, João Carlos Carollo e Rogério Greco (SANTIN, 2014, n.p.). Sobre o fato, expõe Carollo:

O legislador usa a expressão “qualquer outra” referindo-se, obviamente, a todo o tipo de energia, como já elucidado. Porém, com o avanço da tecnologia, nos dias de hoje, temos os serviços de televisão por assinatura, o que não poderia ser previsto em 1940. O Código Penal Espanhol já prevê esse tipo de furto de sinal de TV, pois foi um código que entrou em vigor após o advento desse tipo de tecnologia. Portanto, fica a pergunta: seria possível o furto de sinal de TV a cabo, equiparando-o a energia? Para nós a resposta é negativa, uma vez que a locução “qualquer outra” refere-se à energia tão-somente, e como sinal de TV a cabo sabidamente não é energia, não será possível essa equiparação. E, como em Direito Penal não podemos usar de analogia em prejuízo do agente (*in malam partem*) para preencher uma lacuna, a única conclusão é a atipicidade dessa conduta. (CAROLLO, 2010, p. 48-49)

Vale ressaltar a predominância da segunda corrente, onde conforme analisado, a conduta é considerada atípica. Assim, ainda é possível examinar o entendimento de Bitencourt (2012, p.662) no contexto geral.

Para ele, sinal de TV a cabo não é energia elétrica, tão pouco se pode equiparar, visto que a energia pode ser consumida, se esgota, enquanto o sinal de TV, não pode ser gasto e o mesmo não diminui. Afirma ainda, a impossibilidade de interpretação extensiva já que o § 3º do art. 155, do CP equiparou a coisa móvel “a energia ou qualquer outra coisa”, mas se refere a qualquer outra energia, como nuclear, térmica e etc. Poderia o legislador ter equiparado coisa móvel a qualquer outra coisa com valor econômico e dessa forma, tornaria mais claro o

entendimento. Avalia ainda, que como o sinal de TV a cabo não é energia, não pode ser objeto material do crime de furto. Daí entende-se pelo não enquadramento na conduta descrita no tipo, pois não se pode “subtrair”.

Conclui-se então por tal entendimento não haver configuração do delito de furto na conduta de subtrair sinal de TV a cabo uma vez que não existe desfalque patrimonial, o prejuízo se dá a empresa que retransmite o sinal, mas desta, nada é furtado, ela apenas deixa de receber pelo sinal que retransmitiria ao indivíduo que passa a utilizar-se de sinal clandestino de TV a cabo.

Ainda para fortalecer o pensamento seguido por Bitencourt e dos demais doutrinadores que seguem o posicionamento que confere atipicidade à conduta, pode-se aqui fazer alusão ao Anteprojeto de Código Penal de 2012, em tramitação no Senado Federal, o qual propõe a ampliação do rol de objetos materiais do delito, onde se inclui o sinal de TV a cabo, nestes termos:

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

Pena – Prisão, de 6 meses a 3 anos.

§ 1º Equipara-se à coisa móvel o documento de identificação pessoal, a energia elétrica, a água ou gás canalizados, o sinal de televisão a cabo ou de internet ou item assemelhado que tenha valor econômico.

Diante disso, é nítido que a conduta de subtrair sinal de TV a cabo não é fato penalmente típico de acordo com o Código Penal em vigor, pelo simples motivo que se tal já fosse fato típico, não seria necessária a inclusão expressa no projeto que pretende instituir novo Código Penal.

Fato é que, apesar de não ser conduta penalmente típica, a mesma trata-se de conduta ilícita não protegida pelo Direito Penal, restando possível proteção dentro do Direito Civil ou Administrativo.

Assim sendo, após todo o exposto sobre o assunto, resta confirmar que perante a doutrina trata-se de indubitável atipicidade penal.

### 3.2 A DIVERGÊNCIA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Realizada a análise doutrinária e legal sobre o tema, necessário se faz avaliar no âmbito dos Tribunais Superiores as relações controversas no tocante a (a) tipicidade da conduta de subtrair sinal de TV a cabo e os posicionamentos adotados por tais diante do fato.

Concernente ao Supremo Tribunal Federal, o posicionamento atual adotado, é o que remete a atipicidade da conduta de subtrair sinal de TV a cabo. Como já observado anteriormente, o sinal de TV a cabo não pode ser considerado energia, não pode ser objeto material do crime de furto e também é insuscetível de ser “subtraído”, assim como a execução das penas do art. 155, § 3º, do CP às ações estabelecidas no art. 35 da Lei 8.977/1995, consistiria em analogia *in malam partem*, o que infringe o princípio da legalidade penal. Dessa forma, segue a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 97.261 – RS:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO OU RECEPÇÃO NÃO AUTORIZADA DE SINAL DE TV A CABO. FURTO DE ENERGIA (ART. 155, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ADEQUAÇÃO TÍPICA NÃO EVIDENCIADA. CONDOTA TÍPICA PREVISTA NO ART. 35 DA L EI 8.977/95. INEXISTÊNCIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APLICAÇÃO DE ANALOGIA IN MALAM PARTEM PARA COMPLEMENTAR A NORMA. INADMISSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ESTRITA LEGALIDADE PENAL. PRECEDENTES. O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer de decisão absolutória nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. Decorrência do enunciado da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal. O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo. Ademais, na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (analogia *in malam partem*), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade. Precedentes. Ordem concedida.(HC 97261, Relator Min. Joaquim Barbosa, 2011)

Note-se que o voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, cita o entendimento do doutrinador Bitencourt já evidenciado no presente trabalho. De onde se estabelece que o sinal de TV a cabo não é e nem se equipara a energia, fato que afasta do enquadramento no art. 155, § 3º, do CP. Ainda evidencia o Ministro a falta de prejuízo patrimonial, a empresa que repassa o sinal de TV a cabo apenas deixa de receber para fazê-lo, mas nada lhe é subtraído.

Ressalte-se ainda que por unanimidade a Segunda Turma do STF, deferiu *habeas corpus* para apartar decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.068.075, visto a inexistência de previsão legal para amparar a continuidade da pena aplicada ao caso, já que a conduta referida não encontra adequação típica no art. 155 do CP.

De outro lado, encontra-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que atualmente mantém direcionamento pacífico no entendimento de tipicidade da conduta de

subtrair sinal de TV a cabo, pois compreende esse sinal como energia de valor econômico.

Dessa forma, segue julgado, do ano de 2013, referente ao assunto:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CAPTAÇÃO IRREGULAR DE SINAL DE TELEVISÃO A CABO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EQUIPARAÇÃO À ENERGIA ELÉTRICA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não há na impetração a cópia da denúncia ofertada contra os recorrentes, documentação indispensável para análise da alegada atipicidade da conduta que lhes foi atribuída.

2. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

3. Assim não fosse, tomando-se por base apenas os fatos relatados na inicial do mandamus impetrado na origem e no aresto objurgado, não se constata qualquer ilegalidade passível de ser remediada por este Sodalício, pois o sinal de TV a cabo pode ser equiparado à energia elétrica para fins de incidência do artigo 155, § 3º, do Código Penal. Doutrina. Precedentes.

4. Recurso improvido. (RHC 30847/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 2013)

Aqui, o relator Ministro Jorge Mussi negou provimento de recurso, pois embasado em doutrinas e jurisprudências, o sinal de TV a cabo pode ser equiparado a energia elétrica, o que nesse caso tipifica a conduta de acordo com art. 155, § 3º, do CP.

Dessa forma, nota-se divergência de posicionamentos entre STF e STJ, visto o primeiro consolidar-se na atipicidade, enquanto o segundo, na tipicidade.

Ainda há que se avaliar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul, este, ao longo dos anos também foi-se consolidando no sentido da atipicidade da conduta em relação ao art. 155, § 3º, do CP. De acordo com o citado, segue decisão da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS:

APELAÇÃO CRIME. FURTO DE SINAL DE TV A CABO. RECEPÇÃO DOLOSA. 1. FURTO. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. A materialidade do delito não restou comprovada, porque a captação clandestina de sinal de televisão por assinatura é conduta atípica. Não incide o disposto no art. 35 da Lei nº 8.977/95 - o qual previu como ilícito penal a interceptação ou a recepção não autorizada dos sinais de TV a cabo – uma vez que o dispositivo legal em questão não previu qual a pena a ser imposta para o caso de adequação de eventual conduta ao preceito legal. Ao mais, conforme orientação jurisprudencial, não é possível caracterizar-se a conduta praticada pelo réu como furto de energia, com base no § 3º do art. 155 do Código Penal, sob pena de interpretação in malam partem. Precedentes. Absolvição mantida. 2. RECEPÇÃO DOLOSA. MÉRITO ABSOLUTÓRIO. MANUTENÇÃO. Em que pese a verossimilhança da tese acusatória, não há nos autos prova segura e escoreita de que os apelados

tenham praticado a conduta descrita na denúncia. Objetos apreendidos em poder dos agentes que não logrou a acusação comprovar fossem provenientes de crime, afastando as acusações de receptação. Insuficiência de provas. In dubio pro reo. Absoluções mantidas. APELO IMPROVIDO. (Apelação de Crime - Furto de sinal de TV a cabo e Receptação Dolosa - Nº 70044466845, Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS, Relatora: FABIANNE BRETON BAISCH, Julgado em 14/05/2014)

Assim, verifica-se sintonia de posicionamentos entre STF e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ambos apontam entendimento no sentido da atipicidade da conduta em relação ao art. 155 do CP.

Vale ressaltar, porém, haver tido por parte do Tribunal de Justiça do RS, um posicionamento, que embora antigo e isolado, mantinha a atipicidade da conduta para o crime de furto, mas reconhecia a possibilidade de estelionato como se vê:

FURTO - ESTELIONATO - SINAL DE TV A CABO. O SINAL DE TV A CABO NAO PODE SER EQUIPARADO A ENERGIA ELÉTRICA (ART. 155, § 3º), POIS EMBORA TENHA VALOR ECONÔMICO NAO E ENERGIA. A LIGACAO CLANDESTINA DE TV A CABO CONFIGURA ESTELIONATO. POSSIBILIDADE DE NOVA DEFINIÇÃO JURIDICA PARA O MESMO FATO, POIS NAO EXISTE INOVACÃO ACUSATORIA. CONSIDERANDO O PEQUENO PREJUÍZO CAUSADO, O FATO E CONSIDERADO PRIVILEGIADO, POIS PRIMÁRIO O AGENTE. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO EM PARTE, REDEFINIDA A CONDUTA CRIMINOSA, APLICANDO APENAS SANCAO PECUNIARIA. (Apelação Crime Nº 70001779305, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 09/08/2001)

De fato, a intenção de equiparar sinal de TV a cabo à energia elétrica ou a qualquer outra de valor econômico, configura aplicação da analogia *in malam partem*, fato que infringe o princípio da legalidade estrita no tocante a matéria penal.

Em resumo, temática é controversa, sem pacificação e com diferentes posturas e entendimentos adotados. Trata-se de questão difusa. Hodiernamente, o entendimento preponderante na esfera do STF é na percepção de atipicidade da subtração do sinal de TV a cabo, avaliando a impotência de equiparação do sinal de TV à energia, desse modo, impossível ser objeto material do crime de furto estabelecido no art. 155, § 3º, do CP, assim como, a aplicação das penas previstas no referido artigo às condutas previstas no artigo 35 da Lei 8.997/1995 constituiria analogia *in malam partem*, e com isso violaria o princípio da legalidade penal. Ainda que se admita conduta descrita no art. 35 da Lei 8.977/95, não é aceitável aplicar a norma, visto que não se encontra o preceito secundário que indica a sanção àquele que cometer a conduta especificada no tipo penal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tipicidade da conduta de subtração de sinal de TV a cabo é um tema bastante controverso na doutrina e na jurisprudência brasileira. De fato, trata-se de tema presente hodiernamente, pois quanto mais se desenvolve a tecnologia e o capitalismo, mais comum se torna a prática dessa conduta em todas as esferas e classes sociais.

A problemática gerada passa por diversas discussões, análises e críticas. Mas a solução para o fato, ainda mantém em aberto, pois esbarra em entraves jurídicos substanciais.

A análise do tema se deu através de doutrinas, jurisprudências e artigos relativos ao assunto em questão, a fim de esclarecer acerca da possível atipicidade da conduta de subtrair sinal de TV a cabo dentro do ordenamento jurídico pátrio, observando conduta e tipicidade, o princípio da legalidade bem como as divergências na doutrina e no âmbito dos tribunais superiores.

De acordo com o estudo realizado, torna-se necessário evidenciar os esclarecimentos obtidos para o assunto em pauta. Assim, o capítulo trouxe a base de averiguação, analisando o que vem a ser tipicidade e conduta para o Direito Penal, bem como estudando os tipos de normas penais existentes, assim como os preceitos primários e secundários das normas penais.

Continuando o desenvolvimento do trabalho, o segundo capítulo realizou a análise do princípio da legalidade, avaliando sua origem histórica e suas ramificações, ou subprincípios, quais sejam: anterioridade da lei; reserva legal; proibição da analogia *in malam partem* e taxatividade da lei.

Por fim, o derradeiro capítulo explorou as divergências de posicionamentos dentro da doutrina acerca do tema e evidenciou os posicionamentos opostos sobre o fato, onde uma primeira corrente entende pela tipicidade do fato, equiparando assim sinal de TV a cabo à energia elétrica de valor econômico, enquanto outra parte da doutrina aponta para a atipicidade da subtração do sinal de TV a cabo. Essa corrente entende que tal sinal não possui valor econômico e dessa forma não pode ser equiparado a coisa móvel, destacando ainda a vedação da analogia *in malam partem* no tocante ao art. 35 da Lei nº8.977/1995.

Nesse capítulo, também se apreciou o antagonismo de posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema. Fez-se notório entendimento do Superior Tribunal de Justiça apontando para a tipicidade do fato, assim compreendendo sinal de TV a cabo como energia de

valor econômico, enquanto o Supremo Tribunal Federal, tendo como base argumentativa que o sinal de TV a cabo não pode ser considerado energia, não pode ser objeto material do crime de furto e também é insuscetível de ser “subtraído”, assim como a execução das penas do art. 155, § 3º, do CP às ações estabelecidas no art. 35 da Lei 8.977/1995, consistiria em analogia *in malam partem*, o que infringe o princípio da legalidade penal, concretiza entendimento pela atipicidade da conduta.

Diante do exposto, o presente trabalho segue entendimento e posicionamento idêntico ao estabelecido pelo STF, conferindo atipicidade a conduta de subtrair sinal de TV a cabo, tendo em vista o princípio da legalidade que preleciona: “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”, bem como a impossibilidade da utilização da analogia *in malam partem*, no que diz respeito ao art. 35 da Lei 8.977/1995, observando ainda tratar-se de norma penal em branco invertida, faltando-lhe preceito secundário motivo pelo qual se veda sua aplicação.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 13. ed. Rio Grande do Sul: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: UNB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 30847/RJ**, 5ª turma, Relator Min. Jorge Mussi, 20.8.2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24158875/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-30847-rj-2011-0174706-6-stj?ref=juris-tabs> . Acesso em: 13 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97261**, 2ª turma, Relator Min. Joaquim Barbosa, 12.4.2011. Publicado no Informativo Semanal. Informativo n.º623. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=97261&pagina=1>. Acesso em: 12 maio 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.

CAROLLO, João Carlos. **Os crimes de furto, roubo e latrocínio: doutrina e jurisprudência**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COBO, Manuel Del Rosal; ANTÓN, Tomás. S. Vives. **Derecho penal**: Parte geral.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Lacunias no direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2015.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**. São Paulo: RT, 2005.
- JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 29. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 1.
- JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LFG. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. **A norma penal em branco heterogênea ofende o princípio da legalidade? - Luciano Vieiralves Schiappacassa**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/255385/a-norma-penal-em-branco-heterogenea-ofende-o-principio-da-legalidade-luciano-vieiralves-schiappacassa>>. Acesso em: 23 de abril de 2018
- MARTINS, Paulo. **(A) tipicidade do “furto de sinal de TV a cabo**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38879/a-tipicidade-do-furto-de-sinal-de-tv-a-cabo>>. Acesso em: 13 de maio. 2018.
- MASSON, Cleber Rogério. **Código Penal Comentado**. 2. ed. rev. São Paulo: Método, 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: RT. 2006.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal:** a teoria da imputação objetiva. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral.** 2. Ed. Curitiba: Lúmen Júris, 2007.

SANTIN, Douglas Roberto Winkel. **Da (a) atipicidade do chamado furto de sinal de TV a cabo.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27321/da-a-tipicidade-do-chamado-furto-de-sinal-de-tv-a-cabo-a-luz-do-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 13 de maio. 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 2.ed. Saraiva. São Paulo, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.**São Paulo: RT, 2011. V. 1.