



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 772.086 - RS (2009/0212714-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
EMBARGANTE : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
EMBARGADO : ANDRIGO FALEIRO MONTARDO
ADVOGADO : VIVIAN RIGO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
EMBARGADO : SIDINEI MOLINA DOS SANTOS
EMBARGADO : CLOVIS MACHADO VARGAS
ADVOGADO : LOURENÇO EIMAEI

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECEPÇÃO QUALIFICADA. FIXAÇÃO DA PENA DA RECEPÇÃO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. CRIME AUTÔNOMO. MAIOR GRAVIDADE E REPROVABILIDADE DA CONDUTA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A definição das formas qualificadas para algumas espécies de delitos, as quais via de regra acompanham um apenamento mais gravoso, se justifica pela necessidade de se impor um maior juízo de reprovabilidade às condutas que afetem de forma mais intensa os bens penalmente protegidos.

2. *In casu*, os réus foram condenados na forma qualificada do delito em comento, tendo o tribunal *a quo* reformado a sentença a fim de aplicar a reprimenda prevista para a receptação simples, no que foi acompanhado quando do julgamento do recurso especial.

3. Não se mostra prudente a imposição da pena prevista para a receptação simples em condenação pela prática de receptação qualificada, pois a distinção feita pelo próprio legislador atende aos reclamos da sociedade que representa, no seio da qual é mais reprovável a conduta praticada no exercício de atividade comercial. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e da Corte Suprema.

4. Embargos acolhidos a fim de reformar o acórdão embargado e restabelecer a condenação nos moldes estabelecidos na sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, acolher os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP) e Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que rejeitavam os embargos. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Gilson Dipp e Napoleão Nunes Maia Filho.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.
Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 772.086 - RS (2009/0212714-2)

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : ANDRIGO FALEIRO MONTARDO
ADVOGADO : VIVIAN RIGO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
EMBARGADO : SIDINEI MOLINA DOS SANTOS
EMBARGADO : CLOVIS MACHADO VARGAS
ADVOGADO : LOURENÇO EIMAEI

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Ministério Público contra acórdão da Colenda Sexta Turma deste Superior Tribunal que negou provimento ao recurso especial interposto pelo *parquet* contra decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que ANDRIGO FALEIRO MONTARDO, SIDINEI MOLINA DOS SANTOS e CLÓVIS MACHADO VARGAS foram denunciados pela prática do delito de receptação qualificada, uma vez que, segundo a exordial, no mês de agosto de 2003, tinham em depósito, no exercício de atividade comercial, diversos veículos que sabiam ser produto de crime.

Regularmente processados, sobreveio sentença condenando-os, pela infração ao art. 180, § 1º, do Código Penal, às penas de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 30 (trinta) dias-multa.

A defesa apelou do *decisum*, tendo o Tribunal Gaúcho dado parcial provimento ao recurso, reduzindo o apenamento imposto aos réus para 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, sob o fundamento de que a pena estabelecida para o delito de receptação qualificada mostra-se desproporcional a gravidade do crime. Assim, segundo a corte *a quo*, mais apropriada à espécie seria a fixação da pena nos limites previstos para a forma simples de qualificação. Superada esta discussão, foi concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de 02 (dois) anos.

Não satisfeito, o órgão ministerial interpôs o recurso especial, ao qual foi negado seguimento em decisão monocrática do Excelentíssimo Ministro Nilson Naves, o que deu ensejo à apresentação de agravo regimental, o qual foi desprovido pela Sexta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, à unanimidade, em acórdão assim ementado:

Receptação/receptação qualificada (punibilidade menor/maior). Lei nº 9.426/96 (imperfeições). Norma/preceito secundário (desconsideração).

1. *É nossa a tradição da menor punibilidade da receptação, "em confronto com o crime de que deriva" (por exemplo, Hungria em seus comentários).*

2. *Fruto da Lei nº 9.426/96, o § 1º do art. 180 do Cód. Penal – receptação qualificada – reveste-se de imperfeições – formal e material. É que não é lícita sanção jurídica maior (mais grave) contra quem atue com dolo eventual (§ 1º), enquanto menor (menos grave) a sanção jurídica destinada a quem atue com dolo direto (art. 180, caput).*

3. *Há quem sustente, por isso, a inconstitucionalidade da norma secundária (violação dos princípios da proporcionalidade e da individualização); há quem sustente a desconsideração de tal norma (do § 1º, é claro).*

4. *Adoção da hipótese da desconsideração, porque a declaração, se admissível, de inconstitucionalidade conduziria, quando feita, a semelhante sorte, ou seja, à desconsideração da norma secundária (segundo os kelsenianos, da norma primária, porque, para eles, a primária é a norma que estabelece a sanção – negativa, também a positiva).*

5. *Agravo regimental improvido.*

Agora, o Ministério Público opõe os embargos de divergência e ressalta que a Quinta Turma deste Superior Tribunal, assim como o Supremo Tribunal Federal, vêm se pronunciando sobre a matéria contra a possibilidade de se aplicar a pena prevista no art. 180, caput, do Código Penal quando caracterizada a forma qualificada do delito.

Admitidos os embargos (fls. 603), a defesa ofereceu sua impugnação argumentando que se acolhida a argumentação ministerial haverá uma punição muito mais severa à receptação qualificada, praticada com dolo eventual, do que a prevista para a modalidade simples, mesmo com dolo direto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 772.086 - RS (2009/0212714-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Para melhor análise da questão *sub examine*, imperioso se faz, inicialmente, transcrever o disposto no *caput* do art. 180 do CP, relativo ao delito de receptação simples:

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa."

O § 1º do art. 180 do CP, por sua vez, prevê a figura da receptação qualificada, imputada ao paciente, *verbis*:

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

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa."

Em que pesem os fundamentos defensivos no sentido de que não seria razoável o agravamento da sanção do tipo penal qualificado, que traz como elemento constitutivo do tipo o dolo eventual, não há como admitir a imposição da reprimenda prevista para a receptação simples em condenação pela prática de receptação qualificada, crime autônomo.

Dúvidas não há de que, num Estado Democrático de Direito, é assegurado, como um dos seus princípios materiais, o da proporcionalidade, o qual determina que a cominação ou mesmo a aplicação da pena esteja em consonância com a gravidade do delito perpetrado.

Não obstante, Cezar Roberto Bitencort destaca, sobre esse tema, que "o *juízo de proporcionalidade, in concreto, resolve-se por meio de valorações e comparações*". Para tanto, observa o seguinte:

*"Com efeito, o tipo descrito no **caput** do art. 180 retrata um crime comum (que pode ser praticado por qualquer pessoa), enquanto a descrição contida no § 1º configura*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime próprio, que exige uma qualidade especial do sujeito ativo, no caso, que se trate de comerciante ou industrial, e mais: que a conduta criminosa seja praticada no 'exercício da atividade' profissional, mesmo que exercida irregular ou clandestinamente. Essa mudança da espécie de tipo penal - de comum para especial -, acrescida da exigência de que qualquer das condutas constantes do enunciado típico deve ser praticada no exercício de 'atividade comercial ou industrial', denota um desvalor da ação muito superior àquele decorrente das condutas contidas no caput do mesmo artigo. Na verdade, no exercício das referidas atividades, o indivíduo capta a confiança da sociedade em geral e do consumidor em particular; o sujeito ativo que se aproveita de sua atividade profissional (comerciante ou industrial) para receptar coisa produto de crime abusa da boa-fé do sujeito passivo, merecendo maior censura penal." (In: Código Penal comentado. Ed. Saraiva: 2009, p. 733.)

E, na esteira do entendimento adotado pela Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça, *"a pena mais severa cominada à forma qualificada do delito tem razão de ser, tendo em vista a maior gravidade e reprovabilidade da conduta, uma vez que praticada no exercício de atividade comercial ou industrial. Trata-se de opção legislativa, em que se entende haver a necessidade de repressão mais dura a tais condutas, por se entender serem dotadas de maior lesividade."* (HC n.º 128.253/SC, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 5-5-2009, DJe 3-8-2009)

Assim, não existem motivos para negar-se a distinção feita pelo próprio legislador, atento aos reclamos da sociedade que representa, no seio da qual é mais reprovável a conduta praticada no exercício de atividade comercial, como ocorre *in casu*, cuja lesão exponencial resvala num sem número de consumidores, todos vitimizados pela cupidez do comerciante que revende mercadoria espúria.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente deste Sodalício, que robustece o ora afirmado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RECEPÇÃO. FINS COMERCIAIS. FORMA QUALIFICADA RECONHECIDA NA ORIGEM. DESCONSIDERAÇÃO DA PENA RESPECTIVA E APLICAÇÃO DA SANÇÃO PREVISTA PARA A FORMA SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA PENA ESPECÍFICA COMINADA. RECURSO PROVIDO.

1. O reconhecimento da forma qualificada do crime de receptação e a aplicação da pena prevista para o tipo básico não encontra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

amparo na legislação pátria, bem como não se vislumbra inconstitucionalidade na previsão de sanção mais rigorosa na hipótese de receptação para fins comerciais ou industriais, cuja especificidade ensejou tutela específica, com maior rigor na cominação da pena privativa de liberdade, conforme preceito trazido pela Lei 9.426/96.

2. A redação do § 1º do art. 180 do Código Penal, embora não prime pela congruência dos elementos subjetivos do tipo penal em relação à forma simples do caput, é inequívoca em apenar mais gravemente a hipótese de receptação para fins comerciais ou industriais quando haja dolo, considerada a maior necessidade de repressão a estas formas especiais de receptação, por opção legislativa.

3. Recurso provido para reformar o acórdão proferido pelo Tribunal a quo na parte em que reduziu a pena do recorrido e restabelecer a pena anteriormente fixada pelo Juízo de 1º grau.

(REsp 700.887/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 19-3-2007)

No mesmo entendimento, o julgado a seguir colacionado, do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 180, § 1º, CP. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DOLO DIRETO E EVENTUAL. MÉTODOS E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL. IMPROVIMENTO.

1. A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena.

2. Trata-se de aparente contradição que é resolvida pelos critérios e métodos de interpretação jurídica.

3. Não há dúvida acerca do objetivo da criação da figura típica da receptação qualificada que, inclusive, é crime próprio relacionado à pessoa do comerciante ou do industrial. **A idéia é exatamente a de apenar mais severamente aquele que, em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial, pratica alguma das condutas descritas no referido § 1º, valendo-se de sua maior facilidade para tanto devido à infra-estrutura que lhe favorece.**

4. A lei expressamente pretendeu também punir o agente que, ao praticar qualquer uma das ações típicas contempladas no § 1º, do art. 180, agiu com dolo eventual, mas tal medida não exclui, por óbvio, as hipóteses em que o agente agiu com dolo direto (e não apenas eventual). Trata-se de crime de receptação qualificada pela condição do agente que, por sua atividade profissional, deve ser mais severamente punido com base na maior reprovabilidade de sua conduta.

5. Não há proibição de, com base nos critérios e métodos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretativos, ser alcançada a conclusão acerca da presença do elemento subjetivo representado pelo dolo direto no tipo do § 1º, do art. 180, do Código Penal, não havendo violação ao princípio da reserva absoluta de lei com a conclusão acima referida.

6. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma.

7. Recurso extraordinário improvido." (RE n.º 443.388/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18-8-2009, publicado em 11-9-2009) (Grifos nossos)

Inviável, pois, sem negar vigência ao dispositivo infraconstitucional em questão, e sem ofender os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, constitucionalmente previstos, impor ao paciente, pela violação ao art. 180, § 1º, do CP, a sanção prevista ao infrator do *caput* do referido artigo.

Ante o exposto, acolho os embargos de divergência a fim de reformar o acórdão embargado e dar provimento ao recurso especial, restabelecendo a condenação pela forma qualificada da receptação nos termos da sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 772.086 - RS (2009/0212714-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
EMBARGANTE : **MINISTERIO PUBLICO FEDERAL**
EMBARGADO : **ANDRIGO FALEIRO MONTARDO**
ADVOGADO : **VIVIAN RIGO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS**
EMBARGADO : **SIDINEI MOLINA DOS SANTOS**
EMBARGADO : **CLOVIS MACHADO VARGAS**
ADVOGADO : **LOURENÇO EIMAEI**

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Sra. Presidente, peço vênias ao eminente Ministro Relator, por não ser esse o entendimento da Sexta Turma, como se viu. Afinal, são problemas que o legislador penal nos cria por falta de uma técnica mais adequada na elaboração da lei penal. É sempre aquela grande ânsia que tem o legislador de, cada vez mais, punir mais severamente como se isso fosse impedir, inibir alguém de praticar um delito.

No **caput**, no § 1º, a situação de dolo acaba por punir mais gravemente quem age com dolo eventual ou por saber ou por dever saber que a coisa comprada é produto de crime.

Com a devida vênias, entendo ser uma violação do princípio da razoabilidade e, por essa razão, mais uma vez pedindo vênias, rejeito os embargos de divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 772.086 - RS (2009/0212714-2)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Os presentes embargos de divergência foram assim sumariado pelo Ministro Jorge Mussi, culto relator deste feito:

Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Ministério Público contra acórdão da Colenda Sexta Turma deste Superior Tribunal que negou provimento ao recurso especial interposto pelo *parquet* contra decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que ANDRIGO FALEIRO MONTARDO, SIDNEI MOLINA DOS SANTOS e CLÓVIS MACHADO VARGAS foram denunciados pela prática do delito de receptação qualificada, uma vez que, segundo a exordial, no mês de agosto de 2003, tinham em depósito, no exercício de atividade comercial, diversos veículos que sabiam ser produto de crime.

Regularmente processados, sobreveio sentença condenando-os, pela infração ao art. 180, § 1º, do Código Penal, às penas de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 30 (trinta) dias-multa.

A defesa apelou do *decisum*, tendo o Tribunal Gaúcho dado parcial provimento ao recurso, reduzindo o apenamento imposto aos réus para 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, sob o fundamento de que a pena estabelecida para o delito de receptação qualificada mostra-se desproporcional a gravidade do crime. Assim, segundo a corte *a quo*, mais apropriada à espécie seria a fixação da pena nos limites previstos para a forma simples de qualificação. Superada esta discussão, foi concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de 02 (dois) anos.

Não satisfeito, o órgão ministerial interpôs o recurso especial, ao qual foi negado seguimento em decisão monocrática do Excelentíssimo Ministro Nilson Naves, o que deu ensejo à apresentação de agravo regimental, o qual foi desprovido pela Sexta Turma, à unanimidade, em acórdão assim ementado:

Receptação/receptação qualificada (punibilidade menor/maior). Lei nº 9.426/96 (imperfeições). Norma/preceito secundário (desconsideração).

1. É nossa a tradição da menor punibilidade da receptação, "em confronto com o crime de que deriva" (por exemplo, Hungria em seus comentários).

2. Fruto da Lei nº 9.426/96, o § 1º do art. 180 do Cód. Penal – receptação qualificada – reveste-se de imperfeições – formal e material. É que não é lícita sanção jurídica maior (mais grave) contra quem atue com dolo eventual (§ 1º), enquanto menor (menos grave) a sanção jurídica destinada a quem atue com dolo direto (art. 180,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caput).

3. Há quem sustente, por isso, a inconstitucionalidade da norma secundária (violação dos princípios da proporcionalidade e da individualização); há quem sustente a desconconsideração de tal norma (do § 1º, é claro).

4. Adoção da hipótese da desconconsideração, porque a declaração, se admissível, de inconstitucionalidade conduziria, quando feita, a semelhante sorte, ou seja, à desconconsideração da norma secundária (segundo os kelsenianos, da norma primária, porque, para eles, a primária é a norma que estabelece a sanção – negativa, também a positiva).

5. Agravo regimental improvido.

Agora, o Ministério Público opõe os embargos de divergência e ressalta que a Quinta Turma deste Superior Tribunal, assim como o Supremo Tribunal Federal, vêm se pronunciando sobre a matéria contra a possibilidade de se aplicar a pena prevista no art. 180, *caput*, do Código Penal quando caracterizada a forma qualificada do delito.

Admitidos os embargos (fls. 603), a defesa ofereceu sua impugnação argumentando que se acolhida a argumentação ministerial haverá uma punição muito mais severa à receptação qualificada, praticada com dolo eventual, do que a prevista para a modalidade simples, mesmo com dolo direto.

Pelo seu voto, o nobre relator acolheu os embargos de divergência a fim de reformar o acórdão embargado e dar provimento ao recurso especial, restabelecendo a condenação pela forma qualificada da receptação nos termos da sentença, *verbis*:

Para melhor análise da questão *sub examine*, imperioso se faz, inicialmente, transcrever o disposto no *caput* do art. 180 do CP, relativo ao delito de receptação simples:

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa."

O § 1º do art. 180 do CP, por sua vez, prevê a figura da receptação qualificada, imputada ao paciente, *verbis*:

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

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa."

Em que pesem os fundamentos defensivos no sentido de que não seria razoável o agravamento da sanção do tipo penal qualificado, que traz como elemento constitutivo do tipo o dolo eventual, não há como admitir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposição da reprimenda prevista para a receptação simples em condenação pela prática de receptação qualificada, crime autônomo.

Dúvidas não há de que, num Estado Democrático de Direito, é assegurado, como um dos seus princípios materiais, o da proporcionalidade, o qual determina que a cominação ou mesmo a aplicação da pena esteja em consonância com a gravidade do delito perpetrado.

Não obstante, Cezar Roberto Bitencort destaca, sobre esse tema, que *"o juízo de proporcionalidade, in concreto, resolve-se por meio de valorações e comparações"*. Para tanto, observa o seguinte:

"Com efeito, o tipo descrito no **caput** do art. 180 retrata um crime comum (que pode ser praticado por qualquer pessoa), enquanto a descrição contida no § 1º configura crime próprio, que exige uma qualidade especial do sujeito ativo, no caso, que se trate de comerciante ou industrial, e mais: que a conduta criminosa seja praticada no 'exercício da atividade' profissional, mesmo que exercida irregular ou clandestinamente. Essa mudança da espécie de tipo penal - de comum para especial -, acrescida da exigência de que qualquer das condutas constantes do enunciado típico deve ser praticada no exercício de 'atividade comercial ou industrial', denota um desvalor da ação muito superior àquele decorrente das condutas contidas no caput do mesmo artigo. Na verdade, no exercício das referidas atividades, o indivíduo capta a confiança da sociedade em geral e do consumidor em particular; o sujeito ativo que se aproveita de sua atividade profissional (comerciante ou industrial) para receptar coisa produto de crime abusa da boa-fé do sujeito passivo, merecendo maior censura penal." (In: Código Penal comentado. Ed. Saraiva: 2009, p. 733.)

E, na esteira do entendimento adotado pela Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça, *"a pena mais severa cominada à forma qualificada do delito tem razão de ser, tendo em vista a maior gravidade e reprovabilidade da conduta, uma vez que praticada no exercício de atividade comercial ou industrial. Trata-se de opção legislativa, em que se entende haver a necessidade de repressão mais dura a tais condutas, por se entender serem dotadas de maior lesividade."* (HC n.º 128.253/SC, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 5-5-2009, DJe 3-8-2009)

Assim, não existem motivos para negar-se a distinção feita pelo próprio legislador, atento aos reclamos da sociedade que representa, no seio da qual é mais reprovável a conduta praticada no exercício de atividade comercial, como ocorre *in casu*, cuja lesão exponencial resvala num sem número de consumidores, todos vitimizados pela cupidez do comerciante que revende mercadoria espúria.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente deste Sodalício, que robustece o ora afirmado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RECEPÇÃO. FINS COMERCIAIS. FORMA QUALIFICADA RECONHECIDA NA ORIGEM. DESCONSIDERAÇÃO DA PENA RESPECTIVA E APLICAÇÃO DA SANÇÃO PREVISTA PARA A FORMA SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA PENA ESPECÍFICA COMINADA. RECURSO PROVIDO.

1. O reconhecimento da forma qualificada do crime de receptação e a aplicação da pena prevista para o tipo básico não encontra amparo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na legislação pátria, bem como não se vislumbra inconstitucionalidade na previsão de sanção mais rigorosa na hipótese de receptação para fins comerciais ou industriais, cuja especificidade ensejou tutela específica, com maior rigor na cominação da pena privativa de liberdade, conforme preceito trazido pela Lei 9.426/96.

2. A redação do § 1º do art. 180 do Código Penal, embora não prime pela congruência dos elementos subjetivos do tipo penal em relação à forma simples do caput, é inequívoca em apenar mais gravemente a hipótese de receptação para fins comerciais ou industriais quando haja dolo, considerada a maior necessidade de repressão a estas formas especiais de receptação, por opção legislativa.

3. Recurso provido para reformar o acórdão proferido pelo Tribunal a quo na parte em que reduziu a pena do recorrido e restabelecer a pena anteriormente fixada pelo Juízo de 1º grau.

(REsp 700.887/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 19-3-2007)

No mesmo entendimento, o julgado a seguir colacionado, do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 180, § 1º, CP. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DOLO DIRETO E EVENTUAL. MÉTODOS E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL. IMPROVIMENTO.

1. A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena.

2. Trata-se de aparente contradição que é resolvida pelos critérios e métodos de interpretação jurídica.

3. Não há dúvida acerca do objetivo da criação da figura típica da receptação qualificada que, inclusive, é crime próprio relacionado à pessoa do comerciante ou do industrial. **A idéia é exatamente a de apenar mais severamente aquele que, em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial, pratica alguma das condutas descritas no referido § 1º, valendo-se de sua maior facilidade para tanto devido à infra-estrutura que lhe favorece.**

4. A lei expressamente pretendeu também punir o agente que, ao praticar qualquer uma das ações típicas contempladas no § 1º, do art. 180, agiu com dolo eventual, mas tal medida não exclui, por óbvio, as hipóteses em que o agente agiu com dolo direto (e não apenas eventual). Trata-se de crime de receptação qualificada pela condição do agente que, por sua atividade profissional, deve ser mais severamente punido com base na maior reprovabilidade de sua conduta.

5. Não há proibição de, com base nos critérios e métodos interpretativos, ser alcançada a conclusão acerca da presença do elemento subjetivo representado pelo dolo direto no tipo do § 1º, do art. 180, do Código Penal, não havendo violação ao princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reserva absoluta de lei com a conclusão acima referida.

6. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma.

7. Recurso extraordinário improvido." (RE n.º 443.388/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18-8-2009, publicado em 11-9-2009) (Grifos nossos)

Inviável, pois, sem negar vigência ao dispositivo infraconstitucional em questão, e sem ofender os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, constitucionalmente previstos, impor ao paciente, pela violação ao art. 180, § 1º, do CP, a sanção prevista ao infrator do *caput* do referido artigo.

Ante o exposto, acolho os embargos de divergência a fim de reformar o acórdão embargado e dar provimento ao recurso especial, restabelecendo a condenação pela forma qualificada da receptação nos termos da sentença.

Por maioria, o entendimento do preclaro relator foi o vencedor.

Sem qualquer desdouro ao brilhante voto proferido pelo ilustrado relator, apresento as razões que me conduziram a entender de forma diversa.

Sem desconhecer o precedente do Pretório Excelso invocado pelo culto relator, RE n.º 443.388/SP, entendimento que foi, ainda, pontificado pela eminente Ministra Ellen Gracie, ainda, no seguinte julgado:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 180, § 1º DO CÓDIGO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A conduta descrita no § 1º do art. 180 do Código Penal é evidentemente mais gravosa do que aquela descrita no caput do dispositivo, eis que voltada para a prática delituosa pelo comerciante ou industrial, que, pela própria atividade profissional, possui maior facilidade para agir como receptor de mercadoria ilícita. 2. Não obstante a falta de técnica na redação do dispositivo em comento, a modalidade qualificada do § 1º abrange tanto do dolo direto como o dolo eventual, ou seja, alcança a conduta de quem "sabe" e de quem "deve saber" ser a coisa produto de crime. 3. Ora, se o tipo pune a forma mais leve de dolo (eventual), a conclusão lógica é de que, com maior razão, também o faz em relação à forma mais grave (dolo direto), ainda que não o diga expressamente. 4. Se o dolo eventual está presente no tipo penal, parece evidente que o dolo direto também esteja, pois o menor se insere no maior. 5. Deste modo, não há que se falar em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como pretende o impetrante. 6. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.

(HC 97344, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-07 PP-01288 RTJ VOL-00211- PP-00459)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Peço vênia, contudo, para ponderar que neste último julgado encontrava-se licenciado o decano daquela Corte e, naquele colacionado pelo nobre relator, além do Ministro Celso de Mello também se encontrava ausente o festejado Ministro Joaquim Barbosa.

Desta feita, acredito que tais arestos poderiam ter tido desfecho diverso caso a composição da Segunda Turma se encontrasse completa, ainda mais se houvesse a oportunidade para que o Ministro mais experiente daquela Casa de Justiça pudesse apresentar os argumentos que, recentemente, foram reiterados, na seguinte decisão:

Receptação Qualificada e Receptação Simples - Pena mais Leve para Delito mais Grave - Ofensa ao Princípio da Proporcionalidade em Matéria Penal (Transcrições) HC 102094 MC/SC* RELATOR: Min. Celso de Mello EMENTA: RECEPÇÃO SIMPLES (**DOLO DIRETO**) E RECEPÇÃO QUALIFICADA (**DOLO** INDIRETO **EVENTUAL**). COMINAÇÃO DE PENA MAIS LEVE PARA O CRIME MAIS GRAVE (CP, ART. 180, “CAPUT”) E DE PENA MAIS SEVERA PARA O CRIME MENOS GRAVE (CP, ART. 180, § 1º). TRANSGRESSÃO, PELO LEGISLADOR, DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO “IN ABSTRACTO” DA PENA. LIMITAÇÕES MATERIAIS QUE SE IMPÕEM À OBSERVÂNCIA DO ESTADO, QUANDO DA ELABORAÇÃO DAS LEIS. A POSIÇÃO DE ALBERTO SILVA FRANCO, DAMÁSIO E. JESUS E DE CELSO, ROBERTO, ROBERTO JÚNIOR E FÁBIO DELMANTO. A PROPORCIONALIDADE COMO POSTULADO BÁSICO DE CONTENÇÃO DOS EXCESSOS DO PODER PÚBLICO. O “DUE PROCESS OF LAW” EM SUA DIMENSÃO SUBSTANTIVA (CF, ART. 5º, INCISO LIV). DOUTRINA. PRECEDENTES. A QUESTÃO DAS ANTINOMIAS (APARENTES E REAIS). CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO. INTERPRETAÇÃO AB-ROGANTE. EXCEPCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO, SEMPRE QUE POSSÍVEL, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA INTERPRETAÇÃO CORRETIVA, AINDA QUE DESTA RESULTE PEQUENA MODIFICAÇÃO NO TEXTO DA LEI. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. DECISÃO: A presente impetração insurge-se contra decisão, que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, encontra-se consubstanciada em acórdão assim ementado: “‘HABEAS CORPUS’. PENAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA. TESE DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECONHECIMENTO DO **DOLO DIRETO** PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM DENEGADA. 1. As instâncias ordinárias reconheceram que os Pacientes sabiam que a coisa era produto de crime, portanto, se o **dolo eventual**, nos termos da jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça, é suficiente para configurar o tipo de receptação qualificada, com mais razão deve-se aplicar a pena mais grave aos condenados pela prática do crime com **dolo** direto, como no caso dos autos. 2. Em que pese a imprecisão técnica do legislador ao redigir o § 1º do art. 180 do Código Penal, não há razão para suspender a eficácia da sentença condenatória, afastando a aplicação da pena mais gravosa prevista para a receptação qualificada pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fato de o crime ser praticado no exercício de atividade comercial ou industrial, obviamente mais grave que a figura simples. 3. “Habeas corpus” denegado.” (HC 155.720/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ – grifei) Dentre os vários fundamentos que dão suporte à presente impetração, há um que se refere à alegada inconstitucionalidade do preceito secundário sancionador inscrito no § 1º do art. 180 do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.426/96. Tenho por relevante esse fundamento, por mim acolhido em processo anterior (HC 92.525-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que sustenta a inconstitucionalidade em referência com apoio em alegada ofensa ao princípio da proporcionalidade, pois não se mostra razoável punir mais severamente uma conduta que revela índice de menor gravidade. Cumpre ter presente, no exame desse tema, tal como lembrei naquela decisão, a advertência feita por ALBERTO SILVA FRANCO (“Código Penal e a sua interpretação jurisprudencial”, vol. 2/2969, item n. 10.00, 7ª ed., 2001, RT): “Ora, tendo-se por diretriz o princípio da proporcionalidade, não há como admitir, sob o enfoque constitucional que o legislador ordinário estabeleça um preceito sancionatório mais gravoso para a receptação qualificada quando o agente atua com **dolo eventual** e mantenha, para a receptação do ‘caput’ do art. 180, um comando sancionador sensivelmente mais brando quando, no caso, o autor pratica o fato criminoso com **dolo** direto. As duas dimensões de subjetividade ‘**dolo** direto’ e ‘**dolo eventual**’ podem acarretar reações penais iguais, ou até mesmo, reações penais menos rigorosas em relação ao ‘**dolo eventual**’. O que não se pode reconhecer é que a ação praticada com ‘**dolo eventual**’ seja três vezes mais grave - é o mínimo legal que detecta o entendimento do legislador sobre a gravidade do fato criminoso - do que quase a mesma atividade delituosa, executada com **dolo** direto. Aí, o legislador penal afrontou, com uma clareza solar, o princípio da proporcionalidade.” (grifei) Essa mesma crítica é também revelada por eminentes doutrinadores (CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “Código Penal Comentado”, p. 555, 7ª ed., 2007, Renovar), que igualmente vislumbram a existência, no preceito sancionador inscrito no § 1º do art. 180 do Código Penal, de transgressão ao princípio constitucional da proporcionalidade, eis que não tem sentido infligir punição mais gravosa à receptação qualificada (CP, art. 180, § 1º), que supõe, em sua configuração típica, mero **dolo** indireto **eventual**, e impor sanção penal mais branda à receptação simples (CP, art. 180, “caput”), cuja tipificação requer **dolo** direto, como adverte, em preciso magistério, DAMÁSIO E. DE JESUS (“Direito Penal”, vol. 2/490-494, item n. 9, “e”, 23ª ed., 2000, Saraiva, v.g.): “(...) O § 1º do art. 180 do CP, com redação da Lei nº 9.426/96, descrevendo crime próprio, pune o comerciante ou industrial que comete receptação, empregando a expressão ‘que deve saber ser produto de crime’. Como o ‘caput’ prevê o conhecimento pleno (‘coisa que sabe ser produto de crime’), que a doutrina e a jurisprudência conectam ao **dolo** direto, e o § 3º descreve a forma culposa, o § 1º só pode tratar de crime doloso com o chamado conhecimento parcial da origem ilícita da coisa (dúvida, insegurança, incerteza), que a doutrina liga ao **dolo eventual** (ou à culpa). Se o § 1º definisse modalidade culposa, a figura típica nele contida não teria sentido em face do § 3º, que enuncia o crime culposo. Dessa forma, de acordo com a lei nova, se o comerciante devia saber que a coisa era produto de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime (dúvida, incerteza, desconfiança, **dolo eventual**), a pena é de 3 a 8 anos de reclusão (§ 1º). E se sabia, i. e., se tinha pleno conhecimento? O fato não se encontra ‘especificamente’ descrito no ‘caput’ ou no § 1º. Haverá, no mínimo, cinco orientações: 1ª) se o comerciante ou industrial, presentes as elementares do tipo, ‘sabia’ que o objeto material era produto de crime, responde por receptação dolosa própria (‘caput’ do art. 180), levando-se em conta que o § 1º só prevê o ‘devia saber’. Se ‘sabia’, o fato é atípico diante do § 1º, que exige o elemento subjetivo do tipo ‘deve saber’ (princípio da legalidade ou da reserva legal). Se não sabia, embora devendo saber, aplica-se o § 1º; 2ª) o fato é absolutamente atípico, uma vez que o crime próprio de receptação de comerciante ou industrial encontra-se descrito no § 1º, que não prevê o elemento subjetivo do tipo ‘sabe’. Assim, o fato não se enquadra no ‘caput’ nem no § 1º; 3ª) o fato adapta-se ao § 1º, que abrange o ‘sabe’ (**dolo** direto para a doutrina) e o ‘deve saber’ (**dolo** indireto **eventual**): se a lei pune o fato menos grave com o mínimo de 3 anos de reclusão (‘deve saber’), não seria crível que o de maior gravidade (‘sabe’) fosse atípico ou punido com pena menor (1 ano de reclusão). O ‘deve saber’ não pode ser entendido como indicativo somente de **dolo eventual**, de dúvida ou incerteza, significando que a origem criminosa do objeto material ingressou na esfera de consciência do receptador, abrangendo o conhecimento pleno (‘sabe’) e o parcial (dúvida, desconfiança); 4ª) o tipo do § 1º deve ser totalmente desconsiderado porque ofende o princípio constitucional da proporcionalidade: se aplicado, ‘sabendo’ o comerciante ou industrial que a coisa se origina de crime (delito mais grave), a pena é de 1 a 4 anos de reclusão (‘caput’ do art. 180); ‘devendo saber’ (infração de menor gravidade), de 3 a 8 anos (§ 1º). Assim, consciente da origem delituosa do objeto material, responde por receptação dolosa própria (‘caput’ do art. 180); se ‘devia saber’, aplica-se a forma culposa (§ 3º), conforme pacífica jurisprudência anterior à lei; 5ª) concorda com a posição anterior, desconsiderando, contudo, somente o preceito secundário do § 1º do art. 180, permanecendo a definição do crime próprio do comerciante (preceito primário). Se ‘sabia’, aplica-se o ‘caput’; se ‘devia saber’, amolda-se o fato ao § 1º, com a pena do ‘caput’, cortando-se o excesso. A diferenciação pessoal e subjetiva é considerada pelo juiz na fixação da pena concreta. A primeira orientação não pode ser aceita. Se o comerciante ‘sabia’, a pena é de 1 a 4 anos de reclusão; se ‘devia saber’, de 3 a 8 anos. O fato menos grave é apenado mais severamente. A segunda posição carece de fundamento. A afirmação de que a conduta, consciente o comerciante ou industrial da origem ilícita do objeto material, é absolutamente atípica despreza o processo de atipicidade relativa: é atípica em face do § 1º (delito próprio), porém a incriminação subsiste diante da redação prevista no ‘caput’ (crime comum). A ausência da elementar desloca a adequação típica para outra figura. O terceiro posicionamento desrespeita o princípio da tipicidade, uma vez que não distingue o sabe do deve saber. O ‘deve saber’, para essa orientação, inclui o ‘sabe’, o que é de todo improcedente, uma vez que constitui tradição de nossa doutrina, como vimos, ligar o ‘deve saber’ ao **dolo eventual** ou à culpa, categorias psicológico-normativas de censurabilidade menor. A quarta orientação somente peca porque desconsidera totalmente o § 1º. Preferimos a quinta orientação, para nós a menos pior, tendo em vista que a lei nova veio para confundir, não para esclarecer: o preceito secundário do § 1º deve ser desconsiderado, uma vez que ofende os princípios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionais da proporcionalidade e da individualização legal da pena. Realmente, nos termos das novas redações, literalmente interpretadas, se o comerciante devia saber da proveniência ilícita do objeto material, a pena é de reclusão, de 3 a 8 anos (§ 1º); se sabia, só pode subsistir o ‘caput’, com reclusão de 1 a 4 anos. A imposição de pena maior ao fato de menor gravidade é inconstitucional, desrespeitando os princípios da harmonia e da proporcionalidade. A elaboração da norma penal incriminadora não pode subtrair-se à obediência aos preceitos constitucionais. Cumpria, pois, à Lei nº 9.426/96, ter como parâmetro o princípio da proporcionalidade entre o fato cometido e a gravidade da resposta penal, pois é nesse momento, o da individualização legislativa da pena (CF, art. 5º, XLVI), que a proporcionalidade apresenta fundamentalmente a sua eficácia (...). Se a pena, abstrata ou concreta, de quem ‘sabe’ é mais censurável do que a do sujeito que ‘devia saber’, sendo comum no sistema da legislação penal brasileira descrever as duas situações subjetivas no mesmo tipo, não podia a Lei nº 9.426/96, ferindo o princípio da proporcionalidade, inserir o ‘devia saber’, de menor censurabilidade, em figura autônoma (§ 1º), com pena de 3 a 8 anos de reclusão, subsistindo o ‘sabia’, de menor reprovabilidade, no ‘caput’, com pena de 1 a 4 anos. A proporcionalidade, que indica equilíbrio, foi ferida. (...)” (grifei) Vê-se, das lições ora expostas, que o legislador brasileiro - ao cominar pena mais leve a um delito mais grave (CP, art. 180, “caput”) e ao punir, com maior severidade, um crime revestido de menor gravidade (CP, art. 180, § 1º) - atuou, de modo absolutamente incongruente, com evidente transgressão ao postulado da proporcionalidade. Impende advertir, neste ponto, que o Poder Público, especialmente em sede de tipificação e cominação penais, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade. Entendo, por isso mesmo, que a tese exposta nesta impetração revela-se juridicamente plausível, especialmente se se considerar a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que já assentou, a propósito do tema, a orientação de que transgredir o postulado do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), analisado em sua dimensão material (“substantive due process of law”), a regra legal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade. Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - como postulado básico de contenção dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excessos do Poder Público. Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa (especialmente aquela de índole penal) - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do “due process of law” (RAQUEL DENIZE STUMM, “Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro”, p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Direitos Humanos Fundamentais”, p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, “Curso de Direito Constitucional”, p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros). Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade, em especial quando analisado na perspectiva do ordenamento penal, visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas ou supressivas incidentes sobre determinados valores básicos (como a liberdade) - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como expressivas limitações materiais à ação normativa do Poder Legislativo. A essência do “substantive due process of law” reside na necessidade de conter os excessos do Poder, quando o Estado edita legislação que se revele destituída do necessário coeficiente de razoabilidade, como parece ocorrer na espécie ora em exame. Isso significa, portanto, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. Daí a advertência de CAIO TÁCITO (RDP 100/11-12), que, ao relembrar a lição pioneira de SANTI ROMANO, destaca que a figura do desvio de poder legislativo impõe o reconhecimento de que a atividade legislativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com padrões de razoabilidade. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Em suma: a norma estatal, que veicule qualquer conteúdo de irrazoabilidade (como ocorreria no caso em exame), transgride o princípio do devido processo legal, examinado este na perspectiva de sua projeção material (“substantive due process of law”).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Essa cláusula tutelar dos direitos, garantias e liberdades, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador, como esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Nem se diga, de outro lado, que o Supremo Tribunal Federal, ao assim proceder, estaria excedendo os limites materiais de sua função jurisdicional. Na verdade, esta Suprema Corte, adstringindo-se aos estritos limites de sua competência constitucional, já decidiu, em contexto no qual se discutia a ocorrência, ou não, de antinomia real (ou insolúvel), insuscetível, portanto, de superação pelos critérios ordinários (critério cronológico, critério hierárquico e critério da especialidade), que se revelava legítima a utilização, embora excepcional, da interpretação ab-rogante, quando absoluta (e insuperável) a relação de antagonismo entre dois preceitos normativos, hipótese em que, adotado esse método extraordinário, “ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla)” (RTJ 166/493, Rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES). Ao julgar o HC 68.793/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES, a colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apoiando-se no magistério de NORBERTO BOBBIO (“Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 100/103, 1989, Polis/Editora Unb), assinalou que a interpretação ab-rogante, porque excepcional, deve ser ordinariamente afastada, preferindo-se, a ela, quando conciliáveis os dispositivos antinômicos (antinomia aparente), a denominada “(...) interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei” (RTJ 166/493 – grifei). Em consequência desse entendimento, e buscando viabilizar “a eliminação da incompatibilidade”, o Supremo Tribunal Federal (cuidava-se, então, de regras normativas constantes da Lei dos Crimes Hediondos), mediante exegese restritiva das normas legais em exame, promoveu uma conciliação sistemática dos preceitos legais, “(...) deixando ao primeiro, a fixação da pena (...) e ao segundo, a especialização do tipo do crime (...)” (RTJ 166/493), na linha do que se preconiza nas lições que venho de referir, que propõem, para solução do conflito, a subsistência do preceito primário consubstanciado no § 1º do art. 180 do Código Penal, embora aplicando-se-lhe o preceito sancionador (preceito secundário) inscrito no “caput” do referido art. 180 do CP. Os aspectos que venho de ressaltar permitem-me reconhecer, embora em juízo de sumária cognição, a ocorrência, na espécie, do requisito pertinente à plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pelo impetrante. Concorre, por igual, o pressuposto concernente ao “periculum in mora”. Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro o pedido de medida liminar, para suspender, cautelarmente, quanto à pena imposta pelo crime tipificado no art. 180, § 1º, do CP, a eficácia da condenação decretada contra os ora pacientes, resultante do julgamento da Apelação Criminal nº 2009.058898-9, pela Primeira Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Processo-crime nº 058.09.003047-5, que tramitou perante a 3ª Vara da comarca de São Bento do Sul/SC). Comunique-se, com urgência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 155.720/SC), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Criminal nº 2009.058898-9) e ao MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da comarca de São Bento do Sul/SC (Processo-crime nº 058.09.003047-5). Publique-se. Brasília, 1º de julho de 2010. Ministro CELSO DE MELLO Relator *decisão publicada no DJE de 2.8.2010 (STF, Informativo n. 597, 23 a 27 de agosto de 2010).

A meu sentir, é imperioso ter presente as origens do elastério punitivo promovido pela criação do dolo eventual.

O Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA, com propriedade, ensina que o dolo eventual tem suas raízes fincadas no Direito Canônico. Como os clérigos não poderiam ser punidos por seus pecados a título de culpa, seria necessário expandir-se o conceito de dolo para abarcar o comportamento no qual o sujeito não desejasse diretamente a afetação do bem jurídico. Destaca que Quintero Olivares, Enrique Bacilagupo e Claus Roxin enfeixam as teorias da probabilidade, do sentimento e do consentimento, para concluir que o sujeito será responsabilizado a título de dolo eventual quando, assumindo o risco do resultado, aceita o seu advento, com indiferença.

Assim, é de tal forma que se deve focar o instituto em questão, com a consciência de sua origem, precavendo-se contra investidas de colorido omni-incriminador e atenção voltada para os princípios constitucionais.

Eis a admoestação da melhor doutrina:

No dizer de Stefano Canestrari, existe uma certa incerteza dos especialistas frente à tarefa de individualizar a área de pertinência do dolo eventual e da culpa consciente na pós-modernidade. Por um lado, devido à proliferação da fenomenologia do risco conectada a comportamentos desviados que abrangem: desafios automobilísticos; (...) emprego de substâncias químicas e medicinais, sem adequados controles, no âmbito da produção industrial e da experimentação sanitária etc. Por outro lado, a expansão da desaprovação criminal de determinadas condutas no âmbito da legislação complementar, em matéria econômica, por meio de uma autêntica irrupção da figura do dolo eventual, com referência sobre todo o direito penal societário e falimentar, caracterizado por um progressivo e insidioso aplainamento da distinção dogmática entre dolo e culpa. (...)

Assim, o dolo eventual retorna seu papel histórico. Se ele nasceu dentro de um contexto religioso, para aumentar o grau de punição aos clérigos, agora, em função da perda da racionalidade iluminista e da ação de uma "racionalidade" pós-moderna, quando não pós-fordista, decorrente da adoção de um *Estado penal*, passou a ser um instrumento de contenção social dentro de um processo de desconstrução simbólico da sociedade iluminista. Por isso, não é preciso provar a existência do dolo eventual no crime de trânsito, basta que o fato exista. (...) Novamente o dolo eventual age na história para incrementar o controle social. (...) Mais uma vez a metrópole punitiva, presença constante na literatura criminológica, fará da cidade o cenário tanto das utopias de controle mais ambiciosas quanto das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

distopias repressivas mais angustiantes. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 67, 2007, p. 237-238).

Nesta toada, é imperioso que a política criminal que venha a permear o conteúdo dos comandos dogmáticos seja encabrestada pelos princípios constitucionais, como o da proporcionalidade.

In casu, a cristalizar salutar simbiose entre o *substantive due process of law* e o princípio da proporcionalidade, entendo com razão o nobre Ministro Celso de Mello, que identifica inconstitucionalidade na utilização de pena mais gravosa para a modalidade empolgada por elemento subjetivo indireto.

Neste diapasão, lembre-se a lição de MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES:

Nas hipóteses em que a proteção de um mesmo bem jurídico constitucional se dá pela incriminação de condutas bastante diferenciadas, resta natural, também, a diferenciação no tocante às penas respectivamente cominadas. Isto não significa, entretanto, que a simples constatação de que há uma diferença nas formas das tutelas oferecidas pelo direito penal autorize que tal fato sirva como argumento para toda e qualquer diferenciação no que diz respeito à pena abstrata. Ao contrário, a constatação de diferenciação no que diz respeito à pena abstrata. Ao contrário, a constatação de diferenças substanciais no preceito normativo impõe não apenas que estas sejam refletidas no preceito sancionador, mas também na medida das suas diferenciações, de maneira proporcional. (*O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 173).

Assim, penso que não seria dado ao legislador preestabelecer pena mais intensa em hipótese em que o agente não se dirige frontalmente contra o bem jurídico, reprovando menos severamente o sujeito que age com dolo direto.

Nesta linha, confira-se os seguintes precedentes da Sexta Turma deste Sodalício:

Receptação/receptação qualificada (punibilidade menor/maior). Lei nº 9.426/96 (imperfeições). Norma/preceito secundário (desconsideração).

1. É nossa a tradição da menor punibilidade da receptação, "em confronto com o crime de que deriva" (por exemplo, Hungria em seus comentários).

2. Fruto da Lei nº 9.426/96, o § 1º do art. 180 do Cód. Penal – receptação qualificada – reveste-se de imperfeições – formal e material. É que não é lícita sanção jurídica maior (mais grave) contra quem atue com dolo eventual (§ 1º), enquanto menor (menos grave) a sanção jurídica destinada a quem atue com dolo direto (art. 180, caput).

3. Há quem sustente, por isso, a inconstitucionalidade da norma secundária (violação dos princípios da proporcionalidade e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualização); há quem sustente a desconsideração de tal norma (do § 1º, é claro).

4. Adoção da hipótese da desconsideração, porque a declaração, se admissível, de inconstitucionalidade conduziria, quando feita, a semelhante sorte, ou seja, à desconsideração da norma secundária (segundo os kelsenianos, da norma primária, porque, para eles, a primária é a norma que estabelece a sanção – negativa, também a positiva).

5. Ordem concedida a fim de substituir-se a reclusão de três a oito anos do § 1º pela de um a quatro anos do caput (Cód. Penal, art. 180).

(HC 101531/MG, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 16/06/2008)

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. AFASTAMENTO DAS SANÇÕES DA FIGURA QUALIFICADA. DOLO EVENTUAL. PUNIÇÃO MAIS SEVERA QUE DOLO DIRETO. DESCABIMENTO.

1. Não é razoável punir mais severamente o agente que atua com dolo eventual se comparado àquele que age com dolo direto.

2. No caso, deve ser afastada a aplicação das penas do § 1º do art. 180 do Código Penal para incidir as previstas no caput do mesmo dispositivo.

3. Estando presentes a agravante da reincidência, é lícita a imposição de regime intermediário para o início de cumprimento da sanção privativa de liberdade.

4. Ordem concedida para substituir a aplicação das penas do § 1º do art. 180 do Código Penal pelas previstas no caput do mesmo dispositivo legal, reduzindo, em consequência, as penas recaídas sobre o paciente.

(HC 115691/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010)

RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA. APLICAÇÃO DA SANÇÃO PREVISTA PARA O DELITO SIMPLES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 180, § 1º, DO CÓDIGO PENAL BEM COMO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A 6ª Turma desta Casa firmou entendimento de não ser razoável a punição com maior rigor do agente que pratica o crime com dolo eventual - apenas assumindo o risco do resultado delitivo - do que aquele que age com dolo direto - almejando a realização de todas as etapas do iter criminis, o que inclui sua consumação. Precedentes.

2. Mantido o acórdão que afastou a aplicação das penas do § 1º do art. 180 do Código Penal para incidir as previstas no caput do mesmo dispositivo.

3. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 879539/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010)

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA. PEÇA ACUSATÓRIA QUE PERMITE, EM TESE, A VISUALIZAÇÃO DA CONDUTA DELITUOSA. INOCORRÊNCIA DE MÁCULA. NULIDADE DO ACÓRDÃO. FALTA DE ANÁLISE DOS TEMAS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DISCUSSÃO QUE NÃO RESTOU DESENVOLVIDA NA IMPETRAÇÃO. DOSIMETRIA. AUMENTO DE PENA. CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. PENA DA RECEPÇÃO SIMPLES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INVIABILIDADE. PRESCRIÇÃO NO CRIME DE QUADRILHA. INOCORRÊNCIA.

Uma vez a peça de acusação descrevendo a conduta, em tese, criminosa dentro dos parâmetros do art. 41 do CPP, não se há de firmar sua inépcia quando se percebe, sobretudo, que o contraditório foi realizado a contento pela defesa do Paciente.

Não se pode admitir a existência de mácula no acórdão da apelação, sob o pretexto de que os julgadores não apreciaram os temas da defesa, se a impetração sequer aponta ou esclarece quais os pontos omissos no julgamento.

Segundo entendimento desta Corte, a pena a ser aplicada ao crime de receptação qualificada deve manter o quantum previsto no art. 180, caput, do CP, ou seja, o mesmo patamar do preceito secundário da receptação simples.

O aumento da pena em 2/3 pela continuidade no crime de receptação foi permitido sem a devida justificação, porquanto a Corte de Justiça Estadual reconheceu apenas a prática de duas condutas, o que sobreleva considerar o aumento no mínimo legal, ou seja, em 1/6.

É entendimento firme da Sexta Turma desta Corte de que não é cabível a execução provisória da pena e, por conseguinte, o recolhimento do réu sem a devida demonstração dos pressupostos de cautelaridade do art. 312 do CPP.

A verificar o teor do art. 117, § 1º, do CP, tem-se que o acórdão da apelação, uma vez modificando a contextura típica do crime conexo, já que assumiu a existência do tipo qualificado, firma-se como marco interruptivo, razão por que a prescrição pelo crime de quadrilha não se afigura presente no caso em exame.

Ordem concedida em parte para fixar a pena do caput do art. 180 do CP, ao crime de receptação qualificada, aumentada de 1/6 sexto pela continuidade delitiva.

(HC 118.813/SC, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 23/03/2009)

Ante o exposto, rejeito os embargos de divergência.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 772.086 - RS (2009/0212714-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
EMBARGANTE : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
EMBARGADO : ANDRIGO FALEIRO MONTARDO
ADVOGADO : VIVIAN RIGO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
EMBARGADO : SIDINEI MOLINA DOS SANTOS
EMBARGADO : CLOVIS MACHADO VARGAS
ADVOGADO : LOURENÇO EIMAEI

VOTO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhora Presidente, farei uma brevíssima digressão sobre o tema, para observar que está denominada receptação qualificada aquela receptação praticada por quem exerce a atividade comercial ou industrial. A divergência está nessa circunstância de dever saber ser a coisa produto de crime. Será que quem exerce atividade comercial ou industrial é mais atilado, mais sensível, mais orientado para saber se alguma coisa provém de crime? Eu respondo que sim. E o primeiro indicativo disso é o preço.

2. No Ceará o chamado desmanche de carro é uma atividade de intenso desenvolvimento. E se sabe que um carro furtado, roubado, subtraído, de qualquer modo, é vendido nos chamados desmanches, por dois, três mil reais. Podemos imaginar que o comerciante não sabe que aquilo é produto de crime? É claro que sabe, ainda que não seja o financiador ou o orientador de quem pratica o roubo ou furto, ainda que aquele agente não esteja estipendiado por ele. Mas o industrial, o comerciante, sabe, Professora Maria Thereza de Assis Moura, sem dúvida nenhuma, em primeiro lugar pelo preço. As práticas comerciais comuns são absolutamente reveladoras dessa situação.

3. Daí, parece-me totalmente compatível com a necessidade de repressão atribuir ao comerciante, ou industrial, que adquire coisa que ele sabe ser oriunda de crime, uma pena mais severa, uma pena mais grave. E faço até uma conclamação para que, de ora por diante, as duas Turmas sigam essa diretriz, que agora está sendo adotada pela Terceira Seção, não só neste caso, mas em todos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outros. Quando a Terceira Seção se pronunciar - penso eu -, as duas Turmas deveriam, sempre que possível - e quase sempre é possível - seguir a nova diretriz. Foi isso que o Senhor Ministro Gilson Dipp ponderou, o que acho ser extremamente salutar, evitando-se o que apontou o Senhor Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, de que as questões federais fiquem tendo soluções não harmônicas. Isso, sem dúvida nenhuma, é indesejável.

4. Da minha parte, comprometo-me a seguir religiosamente essa decisão que agora fica adotada pela Terceira Seção. Acompanho o voto do Senhor Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0212714-2

EResp 772.086 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200501297199 20300069180 70009887449

PAUTA: 13/10/2010

JULGADO: 13/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretária

Bela. VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE	: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
EMBARGADO	: ANDRIGO FALEIRO MONTARDO
ADVOGADO	: VIVIAN RIGO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
EMBARGADO	: SIDINEI MOLINA DOS SANTOS
EMBARGADO	: CLOVIS MACHADO VARGAS
ADVOGADO	: LOURENÇO EIMAEI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP) e Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que rejeitavam os embargos.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Gilson Dipp e Napoleão Nunes Maia Filho.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 13 de outubro de 2010

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO
Secretária