



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS N° 170.092 - SP (2010/0073325-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : CARLOS ALBERTO LOPES
EMBARGADO : ROSILDO DE SOUZA
ADVOGADO : NOADIR MARQUES DA SILVA JR - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. UM PAR DE SANDÁLIAS. BEM RECUPERADO. VALOR: R\$ 49,90. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. (1) INSIGNIFICÂNCIA E REINCIDÊNCIA. MAIOR REPROVABILIDADE. ASPECTO LIGADO À CULPABILIDADE. APRECIÇÃO PROFUNDA. IMPROPRIEDADE DO *HABEAS CORPUS*. (2) COMPARAÇÃO COM O FURTO PRIVILEGIADO. PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL, DA ISONOMIA E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENAL. CATEGORIAS DIVERSAS (COTEJO DE FATO TÍPICO PRIVILEGIADO E CONDUTA ATÍPICA). COMPARAÇÃO. INVIABILIDADE. (3) PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIÉS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE. INCIDÊNCIA NO PLANO PENAL. INADMISSÃO.

1. Aspectos pessoais, como a reincidência, não têm sido considerados para o fim de se afastar a insignificância (Precedentes). A análise de suposta maior reprovabilidade, traço da culpabilidade, por envolver exame profundo, refoge aos lindes do *habeas corpus*.

2. Não há falar em malferimento dos princípios da reserva legal, da isonomia e da individualização da pena, quando se promove a comparação de situações distintas. Descabe cotejar um fato atingido pela atipicidade material com, outro, típico, que, preenchendo uma série de requisitos, faz-se privilegiado.

3. O princípio da proporcionalidade tem ampla aplicação na seara penal - a fim de abrandar os rigores punitivos. Todavia, a sua dimensão de proibição da proteção deficiente não se justifica no Direito Penal, bastando contemplar a realidade e ter em linha de consideração o crescente recrudescimento legislativo.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 03 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 170.092 - SP (2010/0073325-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : CARLOS ALBERTO LOPES
EMBARGADO : ROSILDO DE SOUZA
ADVOGADO : NOADIR MARQUES DA SILVA JR - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de embargos de declaração, opostos pelo Ministério Público Federal, diante do acórdão prolatado pela colenda Sexta Turma, assim ementado:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. 1. CÂMARA FORMADA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. 2. UM PAR DE SANDÁLIAS. BEM RECUPERADO. VALOR: R\$ 49,90. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO.

1. Os julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau não são nulos, eis que não violam o princípio do juiz natural. Ressalva do entendimento da relatora.

2. Consoante entendimento jurisprudencial, o "*princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.*" (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004)

3. No caso, subtraiu-se um par de sandálias, avaliado em R\$ 49,90, tendo sido a res recuperada, não havendo prejuízo material para a vítima. Reconhece-se, então, o caráter bagatelar do comportamento imputado, não havendo falar em afetação do bem jurídico patrimônio.

4. Ordem concedida para, cassando o acórdão, restabelecer a sentença absolutória. (HC 170.092/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJE 16/12/2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega o embargante que o julgado padece de omissão, porquanto teria deixando de enfrentar a questão de serem os pacientes reincidentes. Daí, "não se poder olvidar a periculosidade da conduta, bem como seu elevado grau de reprovabilidade, eis que, consoante consignado no acórdão condenatório, os pacientes são contumazes na prática de delitos contra o patrimônio (e-STJ fls. 322-333 e 408), ostentando maus antecedentes, sendo inclusive, reincidentes." (fl. 443).

Prossegue, pontuando que "com a prática reiterada de pequenos delitos, aplicando o princípio bagatelar, viola-se diretamente a Constituição da República, especificamente o princípio da isonomia, da reserva legal e da individualização das penas, pois trata criminosos diferentes - primários e reincidentes - de maneira igual, pois reconhece a atipicidade da conduta, quando o Código Penal sequer prevê a possibilidade da forma privilegiada do tipo (art. 155 § 2º do CP). (...) O princípio da igualdade exige que o princípio da reserva legal seja compreendido tanto como proibição de pena *sem* previsão quanto como proibição de impunidade contra a previsão legal, hipótese dos autos.

Conclui asseverando que "não pode o julgador estabelecer óbices de cunho meramente retórico, que se limite a questionar o valor absoluto da coisa subtraída, como fez, *data venia*, o acórdão conduzido pela eminente Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Vale dizer, a melhor hermenêutica constitucional recomenda que a proporcionalidade seja contemplada tanto em sua face de "Proibição de Insuficiência" quanto no seu reverso, a antagônica "Proibição de Excesso".

Requer, atribuindo-se aos presentes efeitos infringentes, que esta Turma "reconsidere a absolvição dos pacientes, valorando como significativa suas reiteradas práticas de delitos dessa mesma espécie. O MPF requer, ainda, debate explícito acerca dos dispositivos constitucionais mencionados nos presentes aclaratórios".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 170.092 - SP (2010/0073325-7)

EMENTA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. UM PAR DE SANDÁLIAS. BEM RECUPERADO. VALOR: R\$ 49,90. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. (1) INSIGNIFICÂNCIA E REINCIDÊNCIA. MAIOR REPROVABILIDADE. ASPECTO LIGADO À CULPABILIDADE. APRECIACÃO PROFUNDA. IMPROPRIEDADE DO *HABEAS CORPUS*. (2) COMPARAÇÃO COM O FURTO PRIVILEGIADO. PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL, DA ISONOMIA E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENAL. CATEGORIAS DIVERSAS (COTEJO DE FATO TÍPICO PRIVILEGIADO E CONDUTA ATÍPICA). COMPARAÇÃO. INVIABILIDADE. (3) PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIÉS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE. INCIDÊNCIA NO PLANO PENAL. INADMISSÃO.

1. Aspectos pessoais, como a reincidência, não têm sido considerados para o fim de se afastar a insignificância (Precedentes). A análise de suposta maior reprovabilidade, traço da culpabilidade, por envolver exame profundo, refoge aos lindes do *habeas corpus*.

2. Não há falar em malferimento dos princípios da reserva legal, da isonomia e da individualização da pena, quando se promove a comparação de situações distintas. Descabe cotejar um fato atingido pela atipicidade material com, outro, típico, que, preenchendo uma série de requisitos, faz-se privilegiado.

3. O princípio da proporcionalidade tem ampla aplicação na seara penal - a fim de abrandar os rigores punitivos. Todavia, a sua dimensão de proibição da proteção deficiente não se justifica no Direito Penal, bastando contemplar a realidade e ter em linha de consideração o crescente recrudescimento legislativo.

4. Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Para melhor tratar de todos as questões suscitadas, serão eles enfrentadas uma a uma.

1. A INSIGNIFICÂNCIA E A REINCIDÊNCIA

Ao destacar que o aresto atacado foi omisso por não enfrentar a questão da reincidência dos pacientes, aduziu o embargante que não seria possível ignorar a maior reprovabilidade revelada na condutas daqueles que são contumazes nas vias do crime.

É importante considerar os limites de cognição do *habeas corpus*. Não é possível, nesta sede, penso, desbordar dos lindes próprios devolvidos a esta Corte. A matéria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em foco diz, apenas, com a tipicidade.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DA TIPICIDADE MATERIAL. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE.

1. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. **Inocorrência de tipicidade** material, mas apenas a formal, quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima. É o chamado **princípio da insignificância**.

(...)

4. Ordem concedida.

(HC 170.479/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010, destaquei)

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. RES FURTIVA: PEÇA DE PICANHA E MOUSE AVALIADOS EM R\$ 64,60. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA PARA DECLARAR ATÍPICA A CONDUTA PRATICADA, COM O CONSEQUENTE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade.

Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado.

(...)

4. Ordem concedida para, aplicando o princípio da insignificância, declarar atípica a conduta praticada, com o consequente trancamento da Ação Penal.

(HC 178.178/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2010, DJe 13/12/2010)

Assim, como a reprovabilidade do comportamento é nota identificadora da culpabilidade, não seria lícito a esta Corte sobre tal parcela do conceito analítico do delito se debruçar, até mesmo em razão de sua profundidade meritória.

De mais a mais, a jurisprudência desta Corte não reconhece na reincidência motivo apropriado para desnaturar o colorido de atipicidade material do comportamento:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO SIMPLES. SUBTRAÇÃO DE UMA CORRENTE DE PRATA. CRIME DE BAGATELA. CONDIÇÕES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PESSOAS DESFAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL IMPROVIDA.

(...)

3. O fato de existirem circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis, tais como a existência de antecedentes criminais ou reincidência, não são óbices, por si sós, ao reconhecimento do princípio da insignificância.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1084540/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 01/06/2009)

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO.

(...)

3. Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte e também no Supremo Tribunal, a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não impedem a aplicação do princípio da insignificância.

4. Ordem concedida a fim de, aplicando o princípio da insignificância, absolver o paciente do crime de que cuida a Ação Penal nº 433.09.300775-8, que tramitou perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Montes Claros/MG.

(HC 176.006/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 13/12/2010)

Passa-se, então, ao próximo tópico.

2. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA RESERVA LEGAL E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

Destacou-se que o aresto guerreado agrediria referidos cânones, pois trataria criminosos diferentes - primários e reincidentes - de maneira igual, reconhecendo-se invariavelmente a atipicidade material da conduta, quando o Código Penal sequer prevê a possibilidade da forma privilegiada do furto (art. 155 § 2º do CP), para aqueles que não são primários.

Note-se que, a meu juízo, não seria apropriado promover-se a analogia do furto de pequeno valor com a subtração de coisa insignificante, porquanto naquela situação tem-se uma modalidade de crime privilegiado e, nesta, um fato que sequer alça à condição de típico.

Assim, por mais que na figura do parágrafo segundo se exija, para o abrandamento da resposta estatal, que o agente seja primário, tal, a meu juízo, não implica, logicamente, que a exclusão da tipicidade estará condicionada à verificação negativa de reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se de diferentes universos de conduta. No plano do parágrafo segundo, há tipicidade e, portanto, diante de certos requisitos positivados, suaviza-se o tratamento. E, diante da insignificância, que se vincula a pressupostos e requisitos diversos, não se reconhece nem mesmo a dignidade penal.

Na verdade, a suposta aporia somente poderia ser considerada se a comparação proposta fosse entre aspectos de mesma natureza, o que não se apura na espécie.

3. O DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Aduziu-se, por fim, que o princípio da proporcionalidade teria sido afrontado, dado que a hermenêutica constitucional recomendaria que tal comando seja contemplado tanto em sua face de "Proibição de Insuficiência" quanto no seu reverso, a antagônica "Proibição de Excesso".

A preocupação ministerial, relativa à Proibição de Insuficiência, revela-se um dos temas penais mais candentes da atualidade. Veja-se o que anota JOSÉ LUIS Díez RIPOLLÉS:

Em um nível inferior de compreensão, também não se pode deixar de mencionar certo número de posturas doutrinárias que, cada vez com mais frequência, utilizam o *princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso* como vetor capaz de arrastar a maior parte das referências valorativas pertinentes para uma teoria da criminalização, isto é, para identificação dos conteúdos de tutela do Direito Penal.

(...)

Uma primeira crítica que, contudo, merece essa corrente é a de não ter sido capaz de se desconectar plenamente da dinâmica da confrontação entre os fins da pena, por um lado, e os limites do *jus puniendi*, por outro. De alguma forma, limitou-se a trasladá-la à teoria da criminalização. O princípio da proporcionalidade acolheria, nesse caso, os limites a serem impostos a um Estado que tem as mãos muito livres na hora de decidir que comportamentos se devem prevenir, dado que o princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos não parece ser um freio suficiente, mesmo se conectado com certas referências externas, como a Constituição ou a funcionalidade social.

(...)

De uma forma ou de outra, salvo alguma exceção, a precisão conceitual deixa muito a desejar. São extremamente frequentes as mudanças de localização e a superposição de conteúdos que se distribuem na tricotomia idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que deixa a descoberto uma significativa imprecisão conceitual desses termos. Além disso, não se compreende bem a que se referem as reflexões iniciais de eficácia, efetividade ou eficiência - a idoneidade ou a necessidade - quando de modo geral ainda não foram plenamente assentadas as bases do que se desejaria, se se pudesse, proteger e em que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medida - proporcionalidade em sentido estrito.

É impossível não ficar com a impressão de que estamos diante de um novo fetiche conceitual, onicompreensivo e encarregado de substituir ou deixar em segundo plano o do bem jurídico. Para esses efeitos, inflou-se de forma exagerada o conteúdo semântico dos termos "proporcionalidade" ou "proibição de excesso", para abarcar conteúdos da maior variedade, e estabelecer de maneira forçada sua estreita vinculação com o valor constitucional da liberdade. (*A racionalidade das leis penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 135-139).

LUCIANO FELDENS, acolhendo a ideia da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), conclui que *um Direito Penal de intervenção mínima não se contrapõe conceitualmente a um Direito Penal de intervenção minimamente (constitucionalmente) necessária*. (*A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005). A despeito de também advogar tal vertente do princípio da proporcionalidade, INGO WOLFGANG SARLET já adverte que *o adequado manejo desta premissa lança não poucos e espinhosos desafios ao intérprete e quanto a problemática do equilíbrio entre excesso e insuficiência afeta o âmbito do direito penal quase que dispensa comentários*" (Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 47, março-abril de 2004, p. 106). Mais adiante, pontua SARLET:

"Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material quanto para o processo penal), resulta - como já referido - inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara" (*Op. cit.*, p. 98).

O debate acerca da incidência da proibição da proteção deficiente ainda é incipiente nos Tribunais pátrios. Em matéria criminal, em pesquisa na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, foram apurados apenas dois casos. No primeiro deles, em voto vogal (ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538), o eminente Ministro GILMAR MENDES asseverou o seguinte:

(...)

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se com reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) como mínimo da intervenção legislativa penal.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

(...)

Assim, no exercício do controle material intensivo, o Tribunal verifica se a medida penal - que *prima facie* constitui uma intervenção em direitos fundamentais - mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social.

Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição - o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) -, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

Contudo, a tal posição não me filio, cumprindo trazer a contexto admoestação de EUGÊNIO R. ZAFFARONI, NILO BATISTA, ALEJANDRO ALAGIA e ALEJANDRO SLOKAR, relativamente às propostas de expansão do poder punitivo:

O saber penal da etapa fundacional liberal havia alcançado um admirável nível de pensamento, mas sob o signo da contradição entre a necessidade discursiva de limitar e a de legitimar. Carregava em seu cerne o germe de seu fracasso, pois a legitimação do poder punitivo tende sempre a romper qualquer limite, tendo em vista não ser nunca racional e só poder basear-se em racionalizações, as quais, na condição de falsas razões, estão propensas a encadear e a varrer qualquer limitação ao poder. (...) Eis a grande contradição do liberalismo penal fundacional, que propiciou a brecha por onde penetrou todo o autoritarismo penal fundacional, que propiciou a brecha por onde penetrou todo o autoritarismo que o demoliu nos últimos cento e cinquenta anos. Essa história ensina que a legitimação do poder punitivo é sempre *metastática*.

(...)

A partir do reconhecimento de que a atual tendência globalizante aumenta a conflituosidade e os perigos naquilo que se chamou de sociedade de risco, a teoria que legitima o direito penal de risco desemboca em um estado preventivista, que afronta o estado de direito, confundindo prevenção policial com repressão penal, substituindo ofensividade pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perigo e reduzindo os riscos permitidos. (...) Agora ele é legitimado aduzindo-se o fato de que quando a sociedade fica alarmada urge promulgar leis penais, como se procedeu sempre que se invocou uma emergência, só que atualmente isso é feito em relação aos riscos. A diferença reside em que serve apenas para acalmar a opinião conjuntural, chegando-se a sustentar que seria impossível retornar *ao bom e velho direito penal liberal* como uma espécie de direito penal mínimo e inclusive a afirmar que este jamais existiu, mas que era o mero contrapeso de penas muito graves, daí deduzindo que, quando as penas não são tão severas, menos imprescindíveis se tornam as garantias e os limites para o poder punitivo". (*Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I, p. 520, 550 e 630).

Nesta toada, sintonizo-me às lições da Professora de Direito Penal da USP, JANAÍNA CONCEIÇÃO PASCHOAL, que ensina:

Primeiramente, há que se dizer não ser possível negar a importância do cariz social do Estado, imprescindível para a consecução de uma democracia real, material.

(...)

[Mas,]

Não se pode perder de vista é que o Direito Penal não tem e não pode ter uma função promocional.

(...)

Alessandro Baratta, por exemplo, analisando a relação entre o Direito Penal e a Constituição, pondera que o Estado, sob o pretexto de cumprir o dever de prestar proteção, está, na verdade, sobrepondo a política criminal à política social; ou, em outras palavras, criminalizando a política social. Consigna ainda que, em seu entender, a necessidade de proteção dos cidadãos não pode se resumir a uma necessidade de criminalização, como se tem feito na atualidade.

(...)

Percebe-se ser impossível apontar qualquer tipo de exceção (relativamente à determinação expressa, ou à indicação de criminalização), pois, para fins de legislação penal, ou de tipificação, deve haver absoluta e concreta necessidade da medida, sendo impossível admitir uma obrigatoriedade de criminalização *a priori* em qualquer Estado que se julgue democrático. (*Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 123-135).

Vêm em abono a tais ideias as seguintes observações de HASSEMER:

La prohibición de defecto no es, al menos para aspectos penales, un concepto clásico. No lo es por el mero hecho de que contradice la función tradicional de los derechos fundamentales como derechos de defensa frente a las intervenciones estatales.

(...)

La prohibición de defecto ha sido criticada en especial en el Derecho penal precisamente por sus fricciones con las tradiciones negativas del bien jurídico, críticas y limitadoras del Del Derecho penal. Sobre todo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Müller-Dietz, junto con otros, ha criticado los "mandatos de criminalización" formulados por el Tribunal Constitucional Federal apoyándose en el deber estatal de proteger un bien jurídico. (¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons: 2007, p. 101).

No segundo caso em que o Supremo Tribunal Federal invocou o princípio da proibição da deficiência em matéria penal, fê-lo claramente para alargar o espectro de incidência da incriminação (RE 418376, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2006, DJ 23-03-2007 PP-00072 EMENT VOL-02269-04 PP-00648). Em voto-vista o preclaro Ministro GILMAR MENDES pontuou:

O que justifica o meu pedido de vista é a preocupação com a hipótese concreta em que ocorre a discussão dos presentes autos: uma menina de idade entre 9 e 12 anos, que mantém relações sexuais com seu tutor legal, então marido de sua tia, com quem ela vivia desde os 8 anos de idade (...).

Não há dúvida de que uma questão jurídica central trazida para exame da Corte, no presente recurso extraordinário, é a equiparação do instituto da união estável ao casamento (art. 226, §3.º, CF/88), para efeitos de aplicação da hipótese de extinção de punibilidade prevista no art. 107, VII, do Código Penal (VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código).

(...)

Assim, o que parece essencial destacar, na discussão posta, é o fato de se tratar de uma situação fática repugnante: uma criança, confiada a um tutor que, em flagrante abuso de sua autoridade, manteve com ela relações sexuais desde que esta tinha 9 anos de idade.

Não se pode olvidar o fato de tratar-se, no caso dos autos, de uma menina de 12 anos que engravidou, após manter relações sexuais com o marido de sua tia, seu tutor legal desde os 8 anos de idade.

O fato de esta adolescente, depois de ter o filho, vir a juízo afirmar que vive maritalmente com seu opressor, não pode ser considerado como hipótese típica de perdão, extinguindo a punibilidade, nos termos do art. 107, VII, do Código Penal.

A união estável, que se equipara ao casamento por força do art. 226, §3.º, da Constituição Federal, é uma relação de convivência e afetividade em que homem e mulher de idade adulta, de forma livre e consciente, mantêm com o intuito de constituírem família. Não se pode equiparar a situação dos autos a uma união estável, nem muito menos, a partir dela, reconhecer, na hipótese, um casamento, para fins de incidência do art. 107, VII, do Código Penal.

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Note-se que tal concepção, apesar de acostar-se à maioria vencedora, foi rechaçada pelos Ministros MARCO AURÉLIO MELLO (primevo relator), CELSO DE MELLO e SEPÚLVEDA PERTENCE. Confira-se trecho do voto-vencido do Ministro MARCO AURÉLIO MELLO:

Quanto ao confronto de valores, cumpre deliberar se o mais importante para o Estado é a preservação da família ou o remédio para a "ferida social" causada pelo insensato intercuro sexual, dada a idade da jovem - situação não de todo surpreendente, visto que nos dias atuais, a iniciação sexual começa visivelmente cada vez mais cedo. Há de pesar na balança, ao se responder a essa questão, o excessivo apelo sexual do dia-a-dia das sociedades ocidentais, a influenciar sobremodo o estilo de vida de todos, porquanto permeia sem exceção as relações de consumo. Vende-se sensualidade até nos mais sisudos balcões.

De minha parte, parto da premissa básica - ao Estado cumpre proteger o mais frágil nessa história: o filho que resultou dessa relação. Alfim, será a criança que arcará com as consequências de uma punição pífia, de objetivos no mínimo dúbios: a título de dar satisfação à sociedade, a título de exemplo, acaba-se por solapar a auto-estima de uma criança, sobre cujos ombros recairá todo o peso de carga de preconceitos também enfrentada pelo pai "estuprador" e pela mãe que, após a condenação, transmutar-se-á na companheira de presidiário, transformado de trabalhador a mero pária, merecedor de todo o opróbio. A quem interessa tanto contra-senso?

Cabe, portanto, retornar à prudência. Do contrário, em última instância, terminará olvidado o princípio constitucional segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado. (...).

(...) A proteção visada não foi do agente em si, mas da família surgida. À época da promulgação deste, em 1940, não se cogitava da união estável, muito menos de previsão constitucional revelando-a, inexistente óbice ao casamento, protegida pelo Estado. Os avanços da sociedade, os novos ares vividos desaguaram na norma do artigo 226 do Diploma Maior de 1988, segundo a qual a família é a base da sociedade, estando protegida pelo Estado. A ênfase foi dada ao casamento, à união a partir do laço civil, devidamente formalizado. Mas, a par disso, previu-se a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, sinalizando-se quanto à conversão em casamento, para tanto devendo a lei dispor a respeito, incentivando-a. (...)

O recorrente, conforme consignado no acórdão proferido na Corte de origem, veio a abandonar a companheira com quem vivia à época em que manteve as relações sexuais até aqui glosadas penalmente, em união que se teve estável, a viver com a vítima do estupro e o filho que, ao que tudo indica, decorreu da relação sexual mantida. (...) A sociedade, a esta altura, não tem interesse em afastar o recorrente do convívio da vítima e do filho, ficando inviabilizado o trabalho que desenvolve, visando a sustentar a ambos e a si próprio. Ter-se-á preservação dos costumes, com o desconhecimento da realidade vivenciada, especialmente nas camadas de menor renda?



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na minha ótica, a proibição da proteção deficiente abre oportunidade para um discurso de legitimação punitiva na contramão do Direito Penal mínimo. O propósito de equilíbrio com a proibição de excesso é uma providência que, diante do furor punitivista vivido, não se justifica.

Não é demais lembrar o tamanho da preocupação contra o alargamento das redes repressivas, cifrada, por exemplo, no lançamento do Movimentos Antiterror, em 2003, com a assinatura de representantes de diversas instituições da sociedade civil, além da recente referência à Justiça Criminal, como "Máquina de moer gente" (Editorial do Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 217, p. 01, dez., 2010).

O princípio da proporcionalidade é, sim, de ser reconhecido no âmbito do Direito Penal, mas, apenas como forma de atenuar os rigores estatais, como, aliás, vem fazendo esta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. INVIABILIDADE.

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

2. **A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade**, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

2. Na espécie é aplicável o regime aberto, por se tratar de réu primário, cujas circunstâncias judiciais são favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal de cinco anos de reclusão, e fixada, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Antidrogas, resultando a sanção corporal em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

3. Mesma sorte não assiste à impetração quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque a quantidade de droga apreendida – 70 (setenta) pedras de crack – não recomenda o benefício, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

4. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

(HC 181.057/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010)

CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE ROUBO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. DESNECESSIDADE DE QUE O BEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SAIA DA ESFERA DE VIGILÂNCIA DA VÍTIMA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIMITES NÃO FIXADOS PELO CÓDIGO PENAL. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO ENTRE 1/6 E 2/3. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel subtraída clandestinamente, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes.

II. Para que o agente adquira o caráter de posse ou detenção, basta a cessação da clandestinidade ou violência, mesmo que a vítima venha a retomar o bem, via perseguição própria ou de terceiro.

III. A viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de habeas corpus, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

IV. Não obstante o reconhecimento da existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos.

V. Embora o Código Penal não fixe limites mínimos e máximos para o aumento a ser efetivado em razão das agravantes genéricas, **devem prevalecer os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se a aplicação em quantidades aleatórias.**

VI. Para tanto, devem ser utilizados os percentuais de 1/6 a 2/3, previstos na terceira fase da dosimetria, referentes às causas especiais de aumento e diminuição de pena, sendo que qualquer acréscimo além do mínimo, deve ser precedido de fundamentação idônea.

VII. Evidenciada a ausência de fundamentação hábil a majorar a pena em 1/3 pelo reconhecimento da reincidência, deve ser elaborada nova dosimetria, aplicando-se o percentual de 1/6 para a agravante genérica.

VIII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 135.327/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 18/10/2010)

Desta maneira, não acolho, também, o argumento em testilha para o fim de afastar a atipicidade material em foco.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0073325-7

EDcl no
HC 170.092 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1140120070122587 3162007 990080056670

EM MESA

JULGADO: 03/02/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NOADIR MARQUES DA SILVA JR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO LOPES
PACIENTE : ROSILDO DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : CARLOS ALBERTO LOPES
EMBARGADO : ROSILDO DE SOUZA
ADVOGADO : NOADIR MARQUES DA SILVA JR - DEFENSOR PÚBLICO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 03 de fevereiro de 2011

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário