



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.588 - SP (2009/0184042-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **REGINALDO GUIMARÃES NUNES**
ADVOGADO : **MARTA DE FÁTIMA MELO E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **CLAUDINELSON VIEIRA DA COSTA**
ADVOGADO : **JURACI PEREIRA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 155, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO INICIALMENTE ADOTADO POR ESTA CORTE, DE QUE NÃO SE APLICA A MINORANTE DA FORMA PRIVILEGIADA AO FURTO QUALIFICADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Segundo posição inicialmente adotada por esta Corte, vigente quando do julgamento do presente recurso, não se aplicava a causa de diminuição de pena prevista no § 2.º do art. 155 do Código Penal ao furto qualificado não sujeito à incidência do princípio da insignificância, sob o fundamento de que a qualificadora encerrava, em si mesma, grande carga de desvalor da conduta, não havendo, pois, como preponderar o desvalor do resultado.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Honildo de Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi que conheciam do recurso mas lhe negavam provimento.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp (Art 162, § 2º do RISTJ).

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Laurita Vaz (Art. 52, IV, "b", RISTJ).

Brasília (DF), 26 de outubro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.588 - SP (2009/0184042-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da **Lex Fundamental**is, contra v. julgado proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n.º 990.08.017584-0.

Retratam os autos que os recorridos foram condenados como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de **1 (um) ano de reclusão**, em **regime aberto**, e ao pagamento de 10 (dez) dias multa. A pena privativa de liberdade foi **substituída por prestação de serviços à comunidade** (fls. 106/114).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. O e. Tribunal **a quo**, à unanimidade, deu parcial provimento ao apelo, pra reconhecer o privilégio e reduzir a pena fixada para 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 6 (seis) dias-multa, mantida a substituição (fls. 165/179).

Daí o presente apelo nobre, no qual alega o órgão ministerial, a par de divergência jurisprudencial, negativa de vigência do art. 155, § 2º, do Código Penal. Aduz, em suma, ser incompatível a aplicação do privilégio às formas qualificadas do furto. Requer, por fim, o provimento do apelo nobre para que seja reformado o v. acórdão objurgado, vedando-se, em consequência, a aplicação da figura privilegiada prevista no art. 155, § 2º, do CP.

Contrarrazões não apresentadas (fl. 241).

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte (fls. 247/248).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 265/267, manifestou-se pelo **provimento do recurso**, em parecer assim ementado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

- Conquanto o réu seja primário e a coisa furtada de pequeno valor, é inaplicável o privilégio previsto no artigo 155, § 2º, do Código Penal ao furto qualificado. Dissídio jurisprudencial configurado. Precedentes do STJ.

- Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso." (fl. 265)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.588 - SP (2009/0184042-8)

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE.

Ao furto qualificado não se aplica a minorante da forma privilegiada. O menor desvalor de resultado, desde que não seja insignificante, carece de relevância jurídica no sentido de afetar o desvalor da ação na figura típica do furto qualificado (**Precedentes**).

Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O recurso comporta provimento.

A questão de se admitir, ou não, em nosso ordenamento jurídico, a figura do furto qualificado-privilegiado deve ser enfrentada sem recurso ao formalismo, ao denominado argumento "topográfico" (sobre o tema, aliás, apresentei breve estudo "A questão do denominado furto qualificado-privilegiado" in "Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel"). Se fosse, assim, **ad argumentandum tantum**, utilizado este último (argumento "topográfico"), necessariamente, só poderíamos ter os seguintes desdobramentos: a) quem aceitasse o furto qualificado-privilegiado teria que considerar, nas hipóteses de compatibilidade, o homicídio qualificado-privilegiado; b) quem negasse o furto qualificado-privilegiado teria que inadmitir qualquer possibilidade de homicídio qualificado-privilegiado. Tudo isto, por força do posicionamento dos parágrafos das formas privilegiadas em relação às qualificadoras. **Todavia**, esta modalidade de análise, desconsiderando a finalidade, os valores e a estrutura das normas pertinentes, despreza o indispensável método teleológico.

Pois bem, sob o enfoque do conceito material, considerado por alguns como de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caráter pré-legislativo, o crime pressupõe, sempre, uma ofensa a bem jurídico, seja na forma de dano, seja na de perigo. Mas, o seu conteúdo não se esgota neste requisito (**desvalor de resultado**). É imprescindível, na razão de ser da incriminação básica e das variações - tipo básico e derivado - a consideração da forma intolerável, indesejável, de conduta (**desvalor de ação**). Há, sem dúvida, acentuada polêmica sobre se o ilícito penal requer um desvalor de ação e um desvalor de resultado ou se ele se esgota, neste ponto, no desvalor da ação (**comparativamente: H. Welzel in "Derecho Penal Aleman", Ed. Jurid. Chile, 1987, pp. 11/35, E. Bacigalupo in "Manual de Derecho Penal", Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 76; G. Stratenwerth in "Acción y resultado en Derecho Penal", Hammurabi, 1991; D. Zielinski in "Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito", Hammurabi, 1990; H.H. Jescheck in "Tratado de Derecho Penal", Ed. Cemarkes, 4ª ed., 1993, pgs. 43/45; Marcelo A. Sancinetti in "Teoria del Delito y disvalor de acción", Hammurabi, 1991**). De qualquer maneira, o desvalor de ação é, no campo criminal, um dado fundamental. Por exemplo, em se tratando do bem jurídico patrimônio, a lesão ou ofensa, **por si**, isoladamente, nada diz, nada revela em sede de ilicitude penal. Para tanto, basta ser lembrado que o não cumprimento de um contrato pode acarretar uma ofensa patrimonial equivalente a de um grande número de furtos, sem, no entanto, configurar, de per si, uma conduta típica. A diferença reside, portanto, no **desvalor de ação**, sendo a conduta intolerável para uma salutar, proveitosa, vida coletiva ou para um bom convívio social, o cerne do ilícito penal. É natural que, com relação a certos bens jurídicos de extrema relevância, o desvalor de resultado adquira uma importância fulcral. Neste particular, **M. Conde e G. Arán in "Derecho Penal", Tirant lo Blanch, 1996, pgs. 44/45**) exemplificam com a proteção contínua, **quase** não fragmentária, do bem jurídico **vida**. Mas, não só pela inaplicabilidade da responsabilidade objetiva, o **desvalor de conduta**, também, opera, aí, e muito, na graduação dos injustos.

No furto - repetindo, onde o desvalor de ação é básico - as **formas qualificadas** (§ 4º) dizem só e sempre com a **conduta**. O **desvalor** se torna mais acentuado. Já a **forma privilegiada** (§ 2º) diz, apenas, com o **resultado** e com a **primariedade** do agente. As **valorações** - do § 4º e do § 2º - incidem sobre **objetos de valoração** inteiramente distintos. O acentuado desvalor de ação nas hipóteses de furto qualificado não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pode ser abalado ou neutralizado pela configuração dos dados componentes do furto privilegiado (menor desvalor de resultado e primariedade). O furto privilegiado se identifica com o furto bisonho de um réu primário. Não guarda relação com as acentuadamente atrevidas e, em regra, revoltantes maneiras de agir descritas no § 4º do art. 155 do C. Penal. Ora, se o desvalor de resultado não distingue, em termos do bem jurídico patrimônio, o ilícito penal do ilícito civil, carece de sentido jurídico aceitar que, no furto, um menor desvalor de resultado possa nulificar o acentuado **desvalor de ação** (fator decisivo, aqui, na identificação do grau do injusto). Os exemplos ou contra-exemplos, apegados ao sentimentalismo - o que pode ser feito em muitos injustos - são inconvincentes, olvidando, por múltiplas razões, os desfechos aceitáveis que podem, **conforme o caso**, ser utilizados (v.g. princípio da insignificância, arts. 16 e 24 **caput** e § 2º, do C. Penal, **etc.**). Além do mais, se o réu é primário, a resposta penal concreta, no furto qualificado, restará no mínimo com a aplicação, ainda, do regime aberto, do **sursis**, etc. E não é só! Aplicando-se ao § 4º o disposto no § 2º, teríamos, pela **extremamente acentuada diferença de tratamento penal**, a aplicação ao réu reincidente, em comparação ao primário, do nefasto "Direito Penal de Autor" e não do "Direito Penal de Ato" (sobre a diferença, entre outras, é de se atentar para as ensinanças de Zaffaroni, Jackobs e Roxin). No concurso de agentes, o primário ficaria com pena simbólica e o reincidente com pena acima de dois anos de reclusão (dada a agravante). Isto, é claro, poderia, também, ocorrer em processos distintos, na hipótese de outra qualificadora, com respostas penais **altamente** díspares tão só em função do binômio primariedade / reincidência.

Assim, ainda que a **res furtiva** seja de **pequeno valor** (e **não ínfimo**, porquanto este implicaria na incidência do **princípio da insignificância** como causa de atipia conglobante, no dizer de **Zaffaroni**) e o réu primário, **a minorante do § 2º não se aplica ao furto qualificado**. Esta linha de pensamento, cumpre destacar, já havia sido utilizada pelo Ministro **Assis Toledo**, quando ainda integrante do Ministério Público (cfr. **RTJ 95/892-893**), sendo esta, entre tantas outras, mais uma de suas valiosas contribuições doutrinárias.

Aliás, ao contrário do que é proposto através do chamado argumento "topográfico", com o mesmo raciocínio acima é possível, em certas hipóteses, admitir-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

homicídio qualificado-privilegiado. E, isto porque tanto as formas privilegiadas (§ 1º do art. 121 do C. Penal), como as qualificadas (§ 2º), se caracterizam, aí, pelo menor ou maior **desvalor de ação**. O único requisito adicional ou específico é o da compatibilidade entre a forma qualificada e a privilegiada. Em princípio, só as qualificadoras objetivas podem coexistir com as formas privilegiadas.

E não é só!

O **privilegio no homicídio qualificado (quando compatível juridicamente)** incide neste último **e não na forma básica**. No furto, inaceitavelmente, incidiria (**apesar de qualificado**) no básico. Seria, repito, o "tanto faz".

O mesmo argumento teria aplicação no caso do art. 170 do Código Penal. A minorante só pode ser observada quando o objeto de valoração for da mesma natureza (v.g. a forma de desvalor). Fora daí, há incompatibilidade por ocorrer a total impertinência. Em outras palavras, aplica-se, aí, a minorante quando for pertinente juridicamente. Tudo isto, sob pena de se ter uma mera e estrita interpretação literal em prejuízo da exigida interpretação teleológica.

Finalmente, e por outro lado, o pequeno valor, como dado integrante do furto privilegiado, não se identifica com o eventual **prejuízo final da vítima**. O valor da **res** deve ser aquilatado ao tempo da subtração. Caso contrário, como destaca **Damásio E. de Jesus** (in "Direito Penal", Saraiva, 17ª ed., vol. 2, p. 282), toda tentativa de furto seria, em verdade, tentativa de furto privilegiado. E, ao contrário do que é apregoado por alguns, no estelionato a argumentação não pode ser diferente. O pequeno prejuízo, da forma privilegiada, é aquele apreciado no momento consumativo (cfr. **Damásio E. de Jesus**, ob. cit., p. 376). Se fosse diferente, aqui também, toda tentativa seria, necessariamente, privilegiada. A **quaestio**, na realidade, decorrente do emprego das expressões "pequeno **valor** do objeto", no furto, e "pequeno valor do **prejuízo**", no estelionato, deve ser enfrentada observando-se que, neste último, o bem jurídico patrimônio é protegido como um todo (bens móveis e imóveis) e, naquele, ele o é em parte (só os bens móveis).

Dessarte, a reparação, ou ressarcimento **post factum**, não enseja, em nenhum dos dois injustos, a forma privilegiada, devendo ser tratada a nível de minorante genérica (art. 16 do C. Penal) ou de atenuante (art. 65, inciso III, alínea b do C. Penal).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa linha, os seguintes precedentes desta Corte:

"Embargos de divergência. Furto qualificado. Privilégio previsto no art. 155, § 2º, do Cód. Penal (não-incidência). Precedentes. Súmula 168. Aplicação.

1. A jurisprudência da Terceira Seção firmou-se no sentido da impossibilidade da incidência do privilégio disposto no art. 155, § 2º, do Cód. Penal na hipótese de furto qualificado.

2. De acordo com a Súmula 168, 'não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado'.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no EREsp 932.844/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Nilson Naves, DJe de 06/04/2009)

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES E ESCALADA. AFASTAMENTO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. FURTO PRIVILEGIADO. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE REPARAÇÃO DO DANO. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORA UTILIZADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

2. É firme a orientação deste Tribunal no sentido de que, para a incidência do privilégio inscrito no § 2º do art. 155 do Código Penal, é imperativo não incidir, na espécie, nenhuma das hipóteses qualificadoras do crime de furto, em que prevalece o desvalor da ação.

(...)

6. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena do paciente em 10 meses de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 4 dias-multa."

(HC 158.887/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 02/08/2010)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 155, § 4º, INCISO IV DO CP. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE.

Ao furto qualificado não se aplica a minorante da forma privilegiada. O menor desvalor de resultado, desde que não seja insignificante, carece de relevância jurídica no sentido de afetar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desvalor da ação na figura típica do furto qualificado. (Precedentes).

Recurso especial provido."

(REsp 1.160.444/MG, 5ª **Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 02/08/2010)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE FURTO PRIVILEGIADO. TESE RECHAÇADA PELA FIRME JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APURAÇÃO DO VALOR DO PREJUÍZO. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA.

1. Incabível a aplicação do privilégio constante no art. 155, § 2.º, do Código Penal, em face da incidência da circunstância qualificadora do crime de furto. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

3. Ordem denegada."

(HC 109.520/MG, 5ª **Turma**, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 30/11/2009)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO FURTO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Segundo jurisprudência desta Corte, ainda que demonstrado o preenchimento das condições para a aplicação da minorante do furto privilegiado, quais sejam, primariedade do réu e pequeno valor da coisa furtada, a forma qualificada do furto inibe o seu emprego. Precedente da Terceira Seção.

(...)

4. Ordem denegada, mas concedido **habeas corpus** de ofício para julgar extinta a punibilidade do paciente."

(HC 142.873/MG, 6ª **Turma**, Rel. Min. **Og Fernandes**, DJe de 19/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. PRIMARIEDADE. PEQUENO VALOR DA COISA FURTADA. DESCABIMENTO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 2º DO ART. 155 DO CÓDIGO PENAL.

1. Esta Corte firmou compreensão de que, tratando-se de furto qualificado, não se aplica o benefício do § 2º do art. 155 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, mesmo sendo primário o agente e de pequeno valor a coisa furtada.

2. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no Ag 1.065.243/MG, 6ª Turma, Rel. Min. **Paulo Gallotti**, DJe de 24/11/2008)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º. DO CPB. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTE STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1 É incabível a aplicação do privilégio constante no art. 155, § 2º, do Código Penal, mesmo sendo primário o réu e, a coisa furtada, de pequeno valor, em face da incidência da circunstância qualificadora (EResp 292.438/MG, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 15.12.03).

2. A qualificadora encerra, em si mesma, a grande carga de desvalor da conduta, não havendo, pois, como preponderar o menor desvalor do resultado, desde de que não seja insignificante, sobre o maior desvalor da conduta. Precedentes.

3. Agravo Regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1.008.985/RS, 5ª Turma, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe de 13/10/2008)

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. ELEMENTOS DIVERSOS. BIS IN IDEM. REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL. ADMISSIBILIDADE DO REGIME SEMI-ABERTO. FORMA PRIVILEGIADA NO FURTO QUALIFICADO. INCABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

3. Não se aplica a minorante da forma privilegiada ao furto qualificado. Precedentes.

4. Recurso parcialmente provido."

(REsp 736.340/SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJe de 04/08/2008)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. APLICAÇÃO DO ART. 155, § 2.º, CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. Incabível a aplicação do privilégio constante no art. 155,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 2.º, do Código Penal, em face da incidência da circunstância qualificadora. Precedentes.

3. Recurso conhecido e provido."

(REsp 718.529/SP, 5ª Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJU de 05/11/2007)

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso** para afastar a aplicação do privilégio, restabelecendo-se, assim, a r. sentença condenatória.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0184042-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.154.588 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2750120070004154 712007 990080175840

PAUTA: 02/09/2010

JULGADO: 02/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	: REGINALDO GUIMARÃES NUNES
ADVOGADO	: MARTA DE FÁTIMA MELO E OUTRO(S)
RECORRIDO	: CLAUDINELSON VIEIRA DA COSTA
ADVOGADO	: JURACI PEREIRA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso e lhe dando provimento, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi."

Aguardam os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP).

Brasília, 02 de setembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.588 - SP (2009/0184042-8)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Foi o recurso especial interposto pelo Ministério Público, com suporte no art. 105, III a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por unanimidade, deu provimento parcial à apelação interposta pela Defesa para reconhecer o furto qualificado/privilegiado e, assim, reduzir a reprimenda fixada na sentença.

Alega o *Parquet* que o acórdão recorrido adotou interpretação divergente daquela conferida pelo augusto Superior Tribunal de Justiça, que tem se manifestado no sentido da incompatibilidade entre o furto qualificado e sua forma privilegiada. Nesse sentido, colacionou julgado desta 5ª Turma (REsp-632.947, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA).

Aduz ainda que "dispondo diversamente dos ensinamentos doutrinários, a E. Corte Paulista negou vigência ao artigo 155, § 4º, e sua parte dispositiva, do Código Penal" (fl. 194).

No mérito, requer a exclusão do privilégio ao furto qualificado e, em consequência, o restabelecimento da sentença condenatória.

Admitido o apelo nobre na origem, subiram os autos a esta Corte Superior, manifestando-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

O Relator, Ministro FELIX FISCHER, acolhendo os fundamentos do reclamo, dá provimento ao especial "para afastar a aplicação do privilégio".

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

Embora a jurisprudência majoritária desta Corte Superior seja no sentido de que nos casos de furto qualificado não incide, via de regra, o *privilegium* estatuído no § 2º do artigo 155 do Estatuto Penal, a orientação mais moderna, contudo, tem navegado na direção da compatibilidade das qualificadoras com o redutor, pois o legislador, ao criar a figura do privilégio, visou certamente poupar o agente primário, violador eventual de valores ínfimos, do encarceramento e de suas maléficas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequências, em fiel obediência ao princípio da individualização da pena, constitucionalmente garantido.

Nesse sentido, cita-se julgado que, embora antigo, apresenta adequação perfeita à hipótese em comento:

*"Pena. Furto qualificado. **Res furtiva** de pequeno valor (quatro caixas de sorvetes). Colocação topológica de favor **legis** em dispositivos relativos ao furto simples (CP, art. 155, § 2º) não tem o condão de afastar o **privilegium** em furto qualificado. Possibilidade de invocação analógica (apropriação indébita), com vistas a afastar o rigor da lei, que deve ser interpretada dentro do contexto fático-social. Recurso especial conhecido, mas improvido" (REsp 77.143, rel. Min. ADHEMAR MACIEL, Sexta Turma, publicado na RST J 871403).*

Transcreve-se ensinamento do Professor Paulo José da Costa Júnior que se adapta como uma luva ao caso *sub judice* (Comentários ao Código Penal', Saraiva, 2ª ed., pág. 203):

*'Pela colocação do **privilegium**, logo abaixo do furto simples e do furto noturno, seria lógico restringir sua aplicação a ambas as modalidades. Entretanto, como a presente faculdade legal é mais um instrumental de que disporá o magistrado para melhor individualizar a pena, tem-se decidido pela sua aplicação mesmo em caso de furto qualificado, o que é justificável. Por outro lado, não seria demasiado sustentar que, satisfeitos os requisitos da primariedade e do pequeno valor, o benefício da especial mitigação da pena é automático.'*

No mesmo sentido é o magistério de Damásio E. de Jesus em seu 'Direito Penal', Saraiva, 13ª ed., págs. 281 e segs.

De igual teor é a decisão proferida nos autos do Recurso Especial n. 84.671/SP, também da Sexta Turma deste Superior Tribunal, em que funcionou como Relator o Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, veja-se:

"REsp - Penal - Furto -' Furto de pequeno valor e furto qualificado - O crime de furto (C.P., art. 155) é disciplinado organicamente. O tipo fundamental de crime coordenado com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os tipos derivados. Harmonizam-se. Não há contradição. As normas intercomunicam-se. Não impedem, em consequência, o furto qualificado (art. 155, § 4º) compor-se com a causa especial de substituição ou redução de pena (art. 155, § 2º). O tratamento normativo traduz a característica jurídica do fato - infração penal. Em evidenciando a complexidade (qualificação e substituição, ou redução da pena), evidente, têm que ser considerados. Caso contrário, a pena deixará de projetar a expressão dada pelo Direito. Correto, portanto, o furto qualificado ser também de pequeno valor" (publicado na RSTJ 93/437).

No decorrer do voto, salientou o Relator, com a propriedade que lhe é peculiar:

"O debate a respeito da conjugação do privilégio e o crime de furto qualificado, **data venia**, parte do equívoco de considerar tais institutos separados. E o que é mais grave, interpretá-los pela colocação numérica posta pelo legislador.

"Aliás, a matéria semelhante acontece com o homicídio privilegiado (art. 121, § 1º) e o homicídio qualificado (art. 121, § 2º).

"Importante, fundamental é o contexto. Insista-se, secundária a colocação gramatical, a precedência do dispositivo legal.

"Assim, elementos circunstanciais do crime de furto, repita-se, formam unidade, não se isolam como que incomunicáveis.

"[..].

"A divergência, **data venia**, desaparece se o intérprete não se limitar a interpretação literal. Se a colocar em nível lógico-sistemático, com certeza, a conclusão recomenda a conciliação dos parágrafos".

De recentes julgados das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, colacionam-se, em igual direção:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DA PRIMARIEDADE E DO PEQUENO VALOR DA COISA SUBTRAÍDA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. Noutro dizer, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza subjetiva). 2. A mesma regra de interpretação é de ser aplicada no caso concreto, dado que as qualificadoras do concurso de pessoas e da destreza em nada se mostram incompatíveis com: a) o fato de ser a acusada penalmente primária; b) inexpressividade financeira da coisa subtraída. Precedentes de ambas as Turmas do STF: HCs 94.765 e 96.843, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Segunda Turma); HC 97.051, da relatoria da ministra Cármen Lúcia (Primeira Turma); e HC 98.265, da minha relatoria (Primeira Turma). 3. Ordem concedida para reconhecer a incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP." (HC-97.034/MG, Rel. Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, Dje de 7/5/10)

"AÇÃO PENAL. Furto qualificado e privilegiado. Compatibilidade. Precedentes. Ordem concedida. Não há vedação legal ao reconhecimento concomitante do furto qualificado (art. 155, § 4º) e privilegiado (art. 155, § 2º)." (HC 99.581/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJe 05/03/10)

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. RÉU PRIMÁRIO. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO PARÁGRAFO 2º DO ART. 155 DO CP. ORDEM CONCEDIDA.

"1. A questão tratada no presente writ diz respeito à possibilidade de aplicação do privilégio previsto no parágrafo 2º do art. 155 do Código Penal ao crime de furto qualificado.

"2. Considero que o critério norteador, deve ser o da verificação da compatibilidade entre as qualificadoras (CP, art. 155, § 4º) e o privilégio (CP, art. 155, § 2º). E, a esse respeito, no segmento do crime de furto, não há incompatibilidade entre as regras constantes dos dois parágrafos referidos.

"3. No caso em tela, entendo possível a incidência do privilégio previsto no parágrafo 2º do art. 155 do Código Penal, visto que, apesar do crime ter sido cometido em concurso de pessoas, o paciente é primário e a coisa furtada de pequeno valor.

"4. Ante o exposto, concedo a ordem de habeas corpus" (HC 96.843, Relator(a) Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/03/2009).

Pedindo venia ao Relator, conheço do especial, entretanto, nego-lhe provimento.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0184042-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.154.588 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2750120070004154 712007 990080175840

PAUTA: 02/09/2010

JULGADO: 28/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	: REGINALDO GUIMARÃES NUNES
ADVOGADO	: MARTA DE FÁTIMA MELO E OUTRO(S)
RECORRIDO	: CLAUDINELSON VIEIRA DA COSTA
ADVOGADO	: JURACI PEREIRA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso e lhe dando provimento e o voto-vista do Sr. Ministro Jorge Mussi conhecendo do recurso e lhe negando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Gilson Dipp."

Aguardam os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP).

Brasília, 28 de setembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.588 - SP (2009/0184042-8)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : REGINALDO GUIMARÃES NUNES
ADVOGADO : MARTA DE FÁTIMA MELO E OUTRO(S)
RECORRIDO : CLAUDINELSON VIEIRA DA COSTA
ADVOGADO : JURACI PEREIRA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, *data venia*, fico vencido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.588 - SP (2009/0184042-8)

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : REGINALDO GUIMARÃES NUNES
ADVOGADO : MARTA DE FÁTIMA MELO E OUTRO(S)
RECORRIDO : CLAUDINELSON VIEIRA DA COSTA
ADVOGADO : JURACI PEREIRA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

O eminente Ministro FÉLIX FISCHER, a quem o presente recurso foi inicialmente distribuído, assim relatou a controvérsia (fls. 274/275):

"Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Lex Fundamental, contra v. julgado proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n.º 990.08.017584-0.

Retratam os autos que os recorridos foram condenados como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade (fls. 106/114).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. O e. Tribunal a quo, à unanimidade, deu parcial provimento ao apelo, pra reconhecer o privilégio e reduzir a pena fixada para 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 6 (seis) dias-multa, mantida a substituição (fls. 165/179).

Daí o presente apelo nobre, no qual alega o órgão ministerial, a par de divergência jurisprudencial, negativa de vigência do art. 155, § 2º, do Código Penal. Aduz, em suma, ser incompatível a aplicação do privilégio às formas qualificadas do furto. Requer, por fim, o provimento do apelo nobre para que seja reformado o v. acórdão objurgado, vedando-se, em consequência, a aplicação da figura privilegiada prevista no art. 155, § 2º, do CP.

Contrarrazões não apresentadas (fl. 241).

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte (fls. 247/248).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 265/267, manifestou-se pelo provimento do recurso, em parecer assim ementado:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

- Conquanto o réu seja primário e a coisa furtada de pequeno valor, é inaplicável o privilégio previsto no artigo 155, § 2º, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal ao furto qualificado. Dissídio jurisprudencial configurado. Precedentes do STJ.

- Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso." (fl. 265)
É o relatório.

Levado a julgamento no dia 02 de setembro de 2010, ocasião em que o Ministro FÉLIX FISCHER deu provimento ao recurso, o eminente Ministro JORGE MUSSI pediu vista antecipada dos autos (fl. 269).

O julgamento prosseguiu na assentada do dia 26 de outubro de 2010, ocasião em que, juntamente com o eminente Desembargador convocado do TJ/AP HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, acompanhei o voto do Ministro FÉLIX FISCHER. Votaram vendidos os Ministros JORGE MUSSI e NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (certidão de fl. 272).

À fl. 289, os autos vieram a mim conclusos, pois quando da conclusão da apreciação do recurso, o eminente Ministro FELIZ FISCHER já havia assumido o cargo de Vice-Presidente desta Corte (art. 52, inciso IV, alínea b, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).

Em razão da atribuição do feito à minha relatoria, determinei, à fl. 291, fossem os autos encaminhados à Secretaria Judiciária, para as providências cabíveis.

Após, retornaram-me os autos conclusos, para lavratura do acórdão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.154.588 - SP (2009/0184042-8)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 155, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO INICIALMENTE ADOTADO POR ESTA CORTE, DE QUE NÃO SE APLICA A MINORANTE DA FORMA PRIVILEGIADA AO FURTO QUALIFICADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Segundo posição inicialmente adotada por esta Corte, vigente quando do julgamento do presente recurso, não se aplicava a causa de diminuição de pena prevista no § 2.º do art. 155 do Código Penal ao furto qualificado não sujeito à incidência do princípio da insignificância, sob o fundamento de que a qualificadora encerrava, em si mesma, grande carga de desvalor da conduta, não havendo, pois, como preponderar o desvalor do resultado.

2. Recurso especial provido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Pedindo *venia* ao eminente Ministro JORGE MUSSI, que inaugurou entendimento divergente, acompanho, na íntegra, o voto proferido pelo eminente Ministro FELIX FISCHER na assentada do dia 02/09/2010, cujo teor ora reproduzo (fls. 276/283):

"O recurso comporta provimento.

A questão de se admitir, ou não, em nosso ordenamento jurídico, a figura do furto qualificado-privilegiado deve ser enfrentada sem recurso ao formalismo, ao denominado argumento "topográfico" (sobre o tema, aliás, apresentei breve estudo "A questão do denominado furto qualificado-privilegiado" in "Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel"). Se fosse, assim, ad argumentandum tantum, utilizado este último (argumento "topográfico"), necessariamente, só poderíamos ter os seguintes desdobramentos: a) quem aceitasse o furto qualificado-privilegiado teria que considerar, nas hipóteses de compatibilidade, o homicídio qualificado-privilegiado; b) quem negasse o furto qualificado-privilegiado teria que inadmitir qualquer possibilidade de homicídio qualificado-privilegiado. Tudo isto, por força do posicionamento dos parágrafos das formas privilegiadas em relação às qualificadoras. Todavia, esta modalidade de análise, desconsiderando a finalidade, os valores e a estrutura das normas pertinentes, despreza o indispensável método teleológico.

Pois bem, sob o enfoque do conceito material, considerado por alguns como de caráter pré-legislativo, o crime pressupõe, sempre, uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofensa a bem jurídico, seja na forma de dano, seja na de perigo. Mas, o seu conteúdo não se esgota neste requisito (desvalor de resultado). É imprescindível, na razão de ser da incriminação básica e das variações - tipo básico e derivado - a consideração da forma intolerável, indesejável, de conduta (desvalor de ação). Há, sem dúvida, acentuada polêmica sobre se o ilícito penal requer um desvalor de ação e um desvalor de resultado ou se ele se esgota, neste ponto, no desvalor da ação (**comparativamente: H. Welzel in "Derecho Penal Aleman", Ed. Jurid. Chile, 1987, pp. 11/35, E. Bacigalupo in "Manual de Derecho Penal", Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 76; G. Stratenwerth in "Acción y resultado en Derecho Penal", Hammurabi, 1991; D. Zielinski in "Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito", Hammurabi, 1990; H.H. Jescheck in "Tratado de Derecho Penal", Ed. Cemark, 4ª ed., 1993, pgs. 43/45; Marcelo A. Sancinetti in "Teoría del Delito y disvalor de acción", Hammurabi, 1991**). De qualquer maneira, o desvalor de ação é, no campo criminal, um dado fundamental. Por exemplo, em se tratando do bem jurídico patrimônio, a lesão ou ofensa, por si, isoladamente, nada diz, nada revela em sede de ilicitude penal. Para tanto, basta ser lembrado que o não cumprimento de um contrato pode acarretar uma ofensa patrimonial equivalente a de um grande número de furtos, sem, no entanto, configurar, de per si, uma conduta típica. A diferença reside, portanto, no desvalor de ação, sendo a conduta intolerável para uma salutar, proveitosa, vida coletiva ou para um bom convívio social, o cerne do ilícito penal. É natural que, com relação a certos bens jurídicos de extrema relevância, o desvalor de resultado adquira uma importância fulcral. Neste particular, **M. Conde e G. Arán in "Derecho Penal", Tirant lo Blanch, 1996, pgs. 44/45**) exemplificam com a proteção contínua, quase não fragmentária, do bem jurídico vida. Mas, não só pela inaplicabilidade da responsabilidade objetiva, o desvalor de conduta, também, opera, aí, e muito, na graduação dos injustos.

No furto - repetindo, onde o desvalor de ação é básico - as formas qualificadas (§ 4º) dizem só e sempre com a conduta. O desvalor se torna mais acentuado. Já a forma privilegiada (§ 2º) diz, apenas, com o resultado e com a primariedade do agente. As valorações - do § 4º e do § 2º - incidem sobre objetos de valoração inteiramente distintos. O acentuado desvalor de ação nas hipóteses de furto qualificado não pode ser abalado ou neutralizado pela configuração dos dados componentes do furto privilegiado (menor desvalor de resultado e primariedade). O furto privilegiado se identifica com o furto bisonho de um réu primário. Não guarda relação com as acentuadamente atrevidas e, em regra, revoltantes maneiras de agir descritas no § 4º do art. 155 do C. Penal. Ora, se o desvalor de resultado não distingue, em termos do bem jurídico patrimônio, o ilícito penal do ilícito civil, carece de sentido jurídico aceitar que, no furto, um menor desvalor de resultado possa nulificar o acentuado desvalor de ação (fator decisivo, aqui, na identificação do grau do injusto). Os exemplos ou contra-exemplos, apegados ao sentimentalismo - o que pode ser feito em muitos injustos - são inconvincentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

olvidando, por múltiplas razões, os desfechos aceitáveis que podem, conforme o caso, ser utilizados (v.g. princípio da insignificância, arts. 16 e 24 **caput** e § 2º, do C. Penal, etc.). Além do mais, se o réu é primário, a resposta penal concreta, no furto qualificado, restará no mínimo com a aplicação, ainda, do regime aberto, do **sursis**, etc. E não é só! Aplicando-se ao § 4º o disposto no § 2º, teríamos, pela extremamente acentuada diferença de tratamento penal, a aplicação ao réu reincidente, em comparação ao primário, do nefasto "Direito Penal de Autor" e não do "Direito Penal de Ato" (sobre a diferença, entre outras, é de se atentar para as ensinanças de Zaffaroni, Jackobs e Roxin). No concurso de agentes, o primário ficaria com pena simbólica e o reincidente com pena acima de dois anos de reclusão (dada a agravante). Isto, é claro, poderia, também, ocorrer em processos distintos, na hipótese de outra qualificadora, com respostas penais altamente díspares tão só em função do binômio primariedade / reincidência.

Assim, ainda que a res furtiva seja de pequeno valor (e não ínfimo, porquanto este implicaria na incidência do princípio da insignificância como causa de atipia conglobante, no dizer de Zaffaroni) e o réu primário, a minorante do § 2º não se aplica ao furto qualificado. Esta linha de pensamento, cumpre destacar, já havia sido utilizada pelo Ministro Assis Toledo, quando ainda integrante do Ministério Público (cfr. RTJ 95/892-893), sendo esta, entre tantas outras, mais uma de suas valiosas contribuições doutrinárias.

Aliás, ao contrário do que é proposto através do chamado argumento "topográfico", com o mesmo raciocínio acima é possível, em certas hipóteses, admitir-se o homicídio qualificado-privilegiado. E, isto porque tanto as formas privilegiadas (§ 1º do art. 121 do C. Penal), como as qualificadas (§ 2º), se caracterizam, aí, pelo menor ou maior desvalor de ação. O único requisito adicional ou específico é o da compatibilidade entre a forma qualificada e a privilegiada. Em princípio, só as qualificadoras objetivas podem coexistir com as formas privilegiadas.

E não é só!

O privilégio no homicídio qualificado (quando compatível juridicamente) incide neste último e não na forma básica. No furto, inaceitavelmente, incidiria (apesar de qualificado) no básico. Seria, repito, o "tanto faz".

O mesmo argumento teria aplicação no caso do art. 170 do Código Penal. A minorante só pode ser observada quando o objeto de valoração for da mesma natureza (v.g. a forma de desvalor). Fora daí, há incompatibilidade por ocorrer a total impertinência. Em outras palavras, aplica-se, aí, a minorante quando for pertinente juridicamente. Tudo isto, sob pena de se ter uma mera e estrita interpretação literal em prejuízo da exigida interpretação teleológica.

Finalmente, e por outro lado, o pequeno valor, como dado integrante do furto privilegiado, não se identifica com o eventual prejuízo final da vítima. O valor da **res** deve ser aquilatado ao tempo da subtração. Caso contrário, como destaca Damásio E. de Jesus (**in**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Direito Penal", Saraiva, 17ª ed., vol. 2, p. 282), toda tentativa de furto seria, em verdade, tentativa de furto privilegiado. E, ao contrário do que é apregoadado por alguns, no estelionato a argumentação não pode ser diferente. O pequeno prejuízo, da forma privilegiada, é aquele apreciado no momento consumativo (cfr. Damásio E. de Jesus, ob. cit., p. 376). Se fosse diferente, aqui também, toda tentativa seria, necessariamente, privilegiada. A questão, na realidade, decorrente do emprego das expressões "pequeno valor do objeto", no furto, e "pequeno valor do prejuízo", no estelionato, deve ser enfrentada observando-se que, neste último, o bem jurídico patrimônio é protegido como um todo (bens móveis e imóveis) e, naquele, ele o é em parte (só os bens móveis).

Dessarte, a reparação, ou ressarcimento post factum, não enseja, em nenhum dos dois injustos, a forma privilegiada, devendo ser tratada a nível de minorante genérica (art. 16 do C. Penal) ou de atenuante (art. 65, inciso III, alínea b do C. Penal).

Nessa linha, os seguintes precedentes desta Corte:

"Embargos de divergência. Furto qualificado. Privilégio previsto no art. 155, § 2º, do Cód. Penal (não-incidência). Precedentes. Súmula 168. Aplicação.

1. A jurisprudência da Terceira Seção firmou-se no sentido da impossibilidade da incidência do privilégio disposto no art. 155, § 2º, do Cód. Penal na hipótese de furto qualificado.

2. De acordo com a Súmula 168, 'não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado'.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no EREsp 932.844/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Nilson Naves, DJe de 06/04/2009)

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES E ESCALADA. AFASTAMENTO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. FURTO PRIVILEGIADO. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE REPARAÇÃO DO DANO. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORA UTILIZADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

2. É firme a orientação deste Tribunal no sentido de que, para a incidência do privilégio inscrito no § 2º do art. 155 do Código Penal, é imperativo não incidir, na espécie, nenhuma das hipóteses qualificadoras do crime de furto, em que prevalece o desvalor da ação.

(...)

6. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena do paciente em 10 meses de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 4 dias-multa."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 158.887/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 02/08/2010)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 155, § 4º, INCISO IV DO CP. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE.

Ao furto qualificado não se aplica a minorante da forma privilegiada. O menor desvalor de resultado, desde que não seja insignificante, carece de relevância jurídica no sentido de afetar o desvalor da ação na figura típica do furto qualificado. (Precedentes).

Recurso especial provido."

(REsp 1.160.444/MG, 5ª Turma, de minha relatoria, DJe de 02/08/2010)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE FURTO PRIVILEGIADO. TESE RECHAÇADA PELA FIRME JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APURAÇÃO DO VALOR DO PREJUÍZO. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA.

1. Incabível a aplicação do privilégio constante no art. 155, § 2º, do Código Penal, em face da incidência da circunstância qualificadora do crime de furto. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

3. Ordem denegada."

(HC 109.520/MG, 5ª Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 30/11/2009)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO FURTO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Segundo jurisprudência desta Corte, ainda que demonstrado o preenchimento das condições para a aplicação da minorante do furto privilegiado, quais sejam, primariedade do réu e pequeno valor da coisa furtada, a forma qualificada do furto inibe o seu emprego. Precedente da Terceira Seção.

(...)

4. Ordem denegada, mas concedido *habeas corpus* de ofício para julgar extinta a punibilidade do paciente."

(HC 142.873/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 19/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. PRIMARIEDADE. PEQUENO VALOR DA COISA FURTADA. DESCABIMENTO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 2º DO ART. 155 DO CÓDIGO PENAL.

1. Esta Corte firmou compreensão de que, tratando-se de furto qualificado, não se aplica o benefício do § 2º do art. 155 do Código Penal, mesmo sendo primário o agente e de pequeno valor a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coisa furtada.

2. Agravo regimental desprovido."

(*AgRg no Ag 1.065.243/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe de 24/11/2008*)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º. DO CPB. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTE STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É incabível a aplicação do privilégio constante no art. 155, § 2º, do Código Penal, mesmo sendo primário o réu e, a coisa furtada, de pequeno valor, em face da incidência da circunstância qualificadora (REsp 292.438/MG, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 15.12.03).

2. A qualificadora encerra, em si mesma, a grande carga de desvalor da conduta, não havendo, pois, como preponderar o menor desvalor do resultado, desde de que não seja insignificante, sobre o maior desvalor da conduta. Precedentes.

3. Agravo Regimental desprovido."

(*AgRg no REsp 1.008.985/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 13/10/2008*)

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. ELEMENTOS DIVERSOS. BIS IN IDEM. REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL. ADMISSIBILIDADE DO REGIME SEMI-ABERTO. FORMA PRIVILEGIADA NO FURTO QUALIFICADO. INCABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

3. Não se aplica a minorante da forma privilegiada ao furto qualificado. Precedentes.

4. Recurso parcialmente provido."

(*REsp 736.340/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 04/08/2008*)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. APLICAÇÃO DO ART. 155, § 2º, CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. Incabível a aplicação do privilégio constante no art. 155, § 2º, do Código Penal, em face da incidência da circunstância qualificadora. Precedentes.

3. Recurso conhecido e provido."

(*REsp 718.529/SP, 5ª Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJU de 05/11/2007*)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para afastar a aplicação do privilégio, restabelecendo-se, assim, a r. sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória.

É o voto."

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0184042-8 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.154.588 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2750120070004154 712007 990080175840

PAUTA: 02/09/2010

JULGADO: 26/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : REGINALDO GUIMARÃES NUNES
ADVOGADO : MARTA DE FÁTIMA MELO E OUTRO(S)
RECORRIDO : CLAUDINELSON VIEIRA DA COSTA
ADVOGADO : JURACI PEREIRA DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi que conheciam do recurso, mas lhe negavam provimento.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp (Art 162, § 2º do RISTJ).

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Laurita Vaz (Art. 52, IV, "b", RISTJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 26 de outubro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário