

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 102.094 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE.(S) : ANTONIO MORGEM
PACTE.(S) : MARCOS ROBERTO ESPÍNDULA OU MARCOS
ROBERTO ESPÍNDOLA
PACTE.(S) : PETERSON ESPÍNDULA OU PETERSON ESPÍNDOLA
PACTE.(S) : RUI CARLOS PEREIRA
IMPTE.(S) : ANDRE LUIZ GERONUTTI E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATORA DO HABEAS CORPUS Nº 155720 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: **RECEPTAÇÃO SIMPLES** (DOLO DIRETO) **E RECEPTAÇÃO 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). **DOCTRINA. 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 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 relembrei 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 culposos. Dessa forma, de acordo com a lei nova, se o

comerciante devia saber que a coisa era produto de 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 receptor, 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 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 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, extraíndo 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*").

Essa cláusula tutelar dos direitos, garantias e liberdades, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, ênfatiza 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, 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