

Direito Penal e Constituição: um Acórdão Garantista

LENIO LUIZ STRECK

Procurador de Justiça/RS,
Doutor em Direito,

Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS/RS.

"... devemos pugnar por um direito penal mínimo para condutas que não lesam à comunidade e os objetivos do Estado Democrático de Direito, e por um direito penal interventivo naquilo que diz respeito à criminalidade econômico-social, estes sim, lesivos aos propalados objetivos desse novo modelo de Direito, como a igualdade, justiça social, etc..."

1. O Estado Democrático de Direito estabelece um novo modelo de Direito. Nele, a Constituição deve ser vista como instância garantidora das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade (RIBAS VIEIRA), além do que deve ser entendida *"precisamente como zona más o menos segura de mediación, aparte de la habitual entre legalidad y legitimación, también - más radicalmente y vinculado a todo ello - entre legitimidad y justicia"*.¹ A partir disso, há que se ter claro que "princípios valem, regras vigem" (BONAVIDES), sendo a "violação de um princípio muito mais grave que a transgressão de uma norma" (BANDEIRA DE MELLO), tudo porque - e não deveria haver qualquer novidade nisto - todas as normas constitucionais são vinculativas e têm eficácia, podendo-se dizer que hoje "não há normas programáticas" (CANOTILHO). Qualquer norma infraconstitucional deve passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional ("validade como questão primária e vigência como questão secundária" - FERRAJOLI).

2. Nesse contexto, a crise que atravessa a dogmática jurídica² aparece com mais especificidade no campo do Direito Penal, *onde cada vez mais o longo braço da justiça penal atinge as camadas pobres da população*. Nesse sentido, levando em conta os ditames constitucionais que apontam para a construção de uma sociedade justa e solidária, com a erradicação da pobreza e as desigualdades regionais, é fundamental que os crimes que colocam em xeque esses objetivos sejam punidos com mais rigor do que aqueles que tem índole meramente interindividual. Por isso, devemos pugnar por um direito penal mínimo para condutas (bagatelares, de mera conduta,³ etc.) que não lesam à comunidade e os objetivos do Estado Democrático de Direito, *e por um direito penal interventivo naquilo que diz respeito à criminalidade econômico-social*, estes sim, lesivos aos propalados objetivos desse novo modelo de Direito (como a igualdade, justiça social, etc.). Como bem assevera FERRAJOLI, "somente um direito penal reconduzido unicamente às funções de tutela de bens e direitos fundamentais pode, de fato, conjugar garantismo, eficiência e certeza jurídica!" É isto que podemos chamar de relegitimação do direito penal.

3. Nesse sentido, sob os auspícios da teoria garantista, ⁴ torna-se necessário realizar uma filtragem das normas penais-processuais - em sua expressiva maioria anteriores à Constituição - adequando-as ao novo fundamento de validade. O exame das qualificadoras do crime de furto à luz do princípio da proporcionalidade é um bom exemplo para a aplicação da teoria garantista. Veja-se, nesse sentido, o paradoxo que se estabelece no ordenamento jurídico: *enquanto no furto o concurso de pessoas duplica a pena, no crime de roubo o concurso de agentes serve como causa de aumento que vai de um terço até a metade*, e nos crimes sexuais a participação de mais de duas pessoas tem o condão de aumentar a pena em um quarto, *sem considerar que, nos crimes contra a vida, o concurso de pessoas não opera como qualificadora e tampouco como causa de aumento de pena*. Nesse sentido, vale transcrever o acórdão originário da 5ª Câmara Criminal do TJRS, que se insere naquilo que se denomina de filtragem hermenêutico-constitucional do direito penal, dentro de uma perspectiva garantista, onde a vigência da norma perde espaço para a validade, a qual vem aferida em conformidade com a Constituição, entendida em seu todo material e principiológico.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO

Agride aos princípios da proporcionalidade e da isonomia o aumento maior da pena ao furto em concurso do que ao roubo em igual condição. Aplica-se o percentual de aumento deste a aquele. Atenuante pode deixar a pena aquém do mínimo abstrato. Deram parcial provimento aos apelos.

TJRS - ACr. 70.000.284.455 - 5ª C.Crim. - Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho - J. 09.02.2000

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento aos apelos para fixar a pena de Alexandre em oito meses de reclusão e a de Cleudiomar em nove meses de reclusão, substituídas por serviços à comunidade e pecuniária mínima. Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Desembargador PAULO MOACIR AGUIAR VIEIRA, Presidente.

Porto Alegre, 09 de fevereiro de 2000.

Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO - Relator

Des. ARAMIS NASSIF - Vogal

RELATÓRIO

Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO (Relator): O Ministério Público ofereceu denúncia contra Cleudiomar Santos Gemenes e contra Alexandre Aguiar Araújo, por incursos nas sanções do art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal.

Narrou a peça angular acusatória o seguinte fato delituoso:

"No dia 11.11.1998, por volta das 01h30min, na loja Lebes, sita na Av. Assis Brasil, n/c, os denunciados, de comum acordo e com prévio ajuste de vontades entre si e com o inimputável L.D.S., vulgo 'Gogóia', subtraíram, para si, mediante arrombamento de uma janela superior da vitrina (auto da fl. 06/ip), um bloco de notas fiscais das lojas Lebes, filial 28, Tapes, série D-4, de nº 4751 a 4800; um televisor em cores, marca Philips, 14 pol.; uma filmadora marca Gradiente com controle remoto, 0.6 lux, série nº 58NO16002A7H; um rádio com CD Synchro Star Recording, marca Philips, modelo nº AZ 1103/01, produto nº KZ039751006673; várias peças de roupa; a quantia de R\$ 1.212,67 em dinheiro e um cheque do Banco do Brasil, preenchido no valor de R\$ 43,50, personalizado em nome de Henrique Severo Figueró (auto de apreensão a 27/ip), sendo que somente parte da *res furtivae* foi recuperada, tendo sido avaliada (fl. 51). Enquanto os denunciados entraram na loja, o inimputável permanecia na frente cuidando a aproximação de terceiros."

Recebida a denúncia em 16.12.1998. Os acusados foram citados e interrogados na presença de curadores, face a menoridade. Vieram alegações preliminares. Coletou-se prova oral (fls. 210/215). No prazo do art. 499 do Código de Processo Penal, o Ministério Público postulou a atualização dos antecedentes.

Em alegações finais, o Ministério Público requereu a condenação dos acusados, eis entende provada a hipótese da denúncia (fls. 228/234). A defesa de Cleudiomar Santos postulou a absolvição por insuficiência de provas e alternativamente o afastamento da qualificadora de rompimento de obstáculo, pois não veio aos autos exame pericial válido (fls. 242/244). A defesa de Alexandre, por seu turno, pugnou pela absolvição ante a fragilidade da prova carreada aos autos. Subsidiariamente, o reconhecimento das atenuantes da confissão e menoridade, com aplicação de pena mínima e concessão de *sursis* (fls. 251/255).

O ato decisório singular condenou, cada acusado, à pena de três anos de reclusão, em regime aberto e pecuniária de 30 dias dias-multa, fixada, a unidade, no mínimo legal, por incursos nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal. As penas restritivas de liberdade restaram substituídas por prestação de serviços à comunidade (fls. 257/265).

Inconformados, os réus apelaram. A defesa de Alexandre manifestou desejo de apresentar as razões de inconformidade perante este Tribunal.

A defesa de Cleudiomar, em razões recursais, postulou a absolvição do apelante, face a fragilidade da prova existente nos autos. Alternativamente, a diminuição da pena imposta (fls. 285/289). Em contra-razões, o Ministério Público requereu a manutenção da decisão monocrática (fls. 296/301).

Nesta instância, intimada a defesa do apelante Alexandre para que apresentasse suas razões recursais, esta deixou transcorrer o prazo *in albis*.

Em parecer, exarado às fls. 305/319, o Procurador de Justiça, Dr. LENIO LUIZ STRECK, manifestou-se pelo improvimento dos recursos no que atine ao mérito, no entanto, manifestou-se no sentido de que sejam reduzidas as penas dos apelantes, interpretando-se corretamente as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, e aplicando-se a causa de aumento de pena do crime de roubo (1/3) para o crime de furto.

É o relatório.

VOTO

Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO (Relator): O juízo de reprovação emergente do ato condenatório singular merece confirmação. A reforma alcança o momento da qualificadora e o da dose da pena.

Dúvida inexistente: os apelantes praticaram o delito descrito na peça inaugural.

O recorrente Alexandre confessa, judicialmente, a autoria. E chama o co-réu Cleudiomar. Os dois, mais o menor L.D.S., entraram no estabelecimento da vítima e subtraíram a coisa. Por outro lado, também em juízo, o menor L.D.S. confirma a versão de Alexandre: os três praticaram o delito.

Em verdade, o apelante Cleudiomar nega a autoria: estava na casa de L.D.S quando ali chegou o apelante Alexandre com os bens. Todavia, sua versão não se sustenta: *uma*, porque desmentida pelo apelante Alexandre (e a chamada do co-réu é crível porque não-exculpativa); *duas*, porque, além da palavra do co-réu, há o depoimento do menor na mesma diretiva; e, *três*, parte da coisa foi encontrada em seu poder - indício de autoria que, aliada à prova oral, conduz à certeza! Assim, inexistente dúvida processual - houve prática de furto em concurso.

Resta apreciar a tese levantada pelo Procurador de Justiça LENIO: o sistema admite a qualificadora do concurso em delitos de furto?

O parecerista - brilhantemente como de costume - entende que o reconhecimento da qualificadora em pauta (que duplica a pena do furto simples) agride o princípio da proporcionalidade em confronto com a majoração do roubo (ambas idênticas no concurso) que altera a pena de 1/3 até metade. Em tal contexto o aumento - em analogia e corrigindo a irracionalidade legislativa - no furto, deve ser igual ao roubo.

Eis a lição de LENIO que é adotada:

"DO ACRÉSCIMO DA PENA DECORRENTE DA QUALIFICADORA DO FURTO (CONCURSO DE PESSOAS)

Com efeito, enquanto no mérito a sentença está correta, no que tange a entendimento acerca da qualificadora do crime de furto, o processo merece uma reflexão mais aprofundada.

Neste caso, 'uma questão de extrema relevância jurídica deve ser posta à tona. Trata-se da flagrante violação do princípio da proporcionalidade' representada pela DUPLICAÇÃO DA PENA na hipótese de concurso de pessoas no crime de furto.

Tenho, pois, que fere a Constituição - entendida em sua principiologia (materialidade) - a previsão legal do Código Penal que determinada a DUPLICAÇÃO da pena toda vez que o furto for cometido por duas ou mais pessoas, o que, aliás, acarreta um paradoxo em nosso sistema penal. Entre tantas distorções que existem no Código Penal (e nas leis esparsas), 'este é um ponto que tem sido deixado de lado nas discussões daquilo que hoje denominados de *necessária constitucionalização do direito penal*'. Vale frisar, nesse sentido, que no recente Congresso de Direito Penal e Processual Penal ocorrido em Curitiba nos dias 1, 2 e 3 de setembro de 1999, a questão atinente à discrepância entre as diversas qualificadoras do Código Penal veio à baila, em debate promovido entre AMILTON BUENO DE CARVALHO, SALO DE CARVALHO, AFRANIO JARDIM, JAMES TUBENSCHLACK e o Procurador de Justiça signatário. A conclusão apontou para a urgente - e necessária - *releitura das majorações de pena decorrentes das qualificadoras* e das causas de aumento de pena, tendo por base o princípio da proporcionalidade.

Com efeito, esse paradoxo decorre do fato de que, enquanto no furto a qualificadora do concurso de pessoas tem o condão de duplicar a pena, no roubo a majorante (causa de aumento de pena), neste caso de concurso de agente, é de (apenas - *sic*) 1/3, podendo ir ao máximo até a metade. Atentemos para a discrepância: 'tanto no furto como no roubo, o concurso de agentes qualifica; no primeiro, a pena dobra; no segundo, a pena fica acrescida de 1/3. *Ora, no furto a presença de mais de uma pessoa não coloca em risco a integridade física da vítima, e, sim facilita o agir subtraente; já no roubo, a presença de mais pessoas colocam em risco sobretudo a integridade física da vítima*. Não obstante isto, o Código Penal valoriza mais a coisa (propriedade privada) que a vida/integridade física'.

Por isto, é necessário fazer um (re)leitura constitucional do tipo penal do furto qualificado (por concurso de pessoas) à luz do princípio da proporcionalidade, que é íncito e imanente à Constituição Federal. 'Para tanto, mediante uma interpretação conforme à Constituição, e levando em conta o princípio da isonomia constitucional, há que se redefinir a norma do art. 155, § 4º, inc. IV, do Código Penal'. Necessária observação: entendo, a partir da doutrina de FRIEDICH MÜLLER, EROS ROBERTO GRAU e H.G. GADAMER, que a *norma* é sempre o resultado da interpretação de um *texto* jurídico - nesse sentido, meu livro *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, Livraria do Advogado, 1999.

Não se está a propor aqui - e até seria despicando alertar para este fato - que o Judiciário venha a legislar, modificando o teor do dispositivo do Código Penal que estabelece a duplicação da pena nos casos de furto qualificado por concurso de pessoas. Na verdade, trata-se, nada mais nada menos, do que elaborar uma *releitura* da lei sob os parâmetros da devida proporcionalidade prevista na Constituição Federal. O mecanismo apto para tal é o da *interpretação conforme a Constituição*, que se originou da Alemanha, que vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal já há mais de 10 anos.

Ou seja, o texto da Lei (CP) permanece com sua literalidade; entretanto, a norma, fruto da interpretação, é que exsurgirá redefinida em conformidade com a Constituição. 'Desse modo, analogicamente, o aumento de pena decorrente do concurso de pessoas (circunstância especial de aumento de pena) do roubo (art. 157, § 2º, inc. II), que é de 1/3 até a metade, torna-se aplicável ao furto qualificado por concurso de agentes'.

E não se diga que o concurso de pessoas nas duas hipóteses não tem a mesma natureza jurídica. O que muda é tão-somente a denominação: 'no caso do furto, o concurso de pessoas é chamada de qualificadora; no caso do roubo, a participação de mais de duas pessoas é chamada de causa de aumento de pena...' Não se olvide que, a uma, ambos os tipos penais pretensamente protegem o mesmo bem jurídico (o patrimônio), e, a duas, muito embora o roubo seja um crime bem mais grave, paradoxalmente o nosso sistema alça a participação de mais de uma pessoa à condição de qualificadora como uma majoração de pena bem menor...

De maneira bem mais simples, pode-se dizer que, para o 'legislador' brasileiro, cometer um furto mediante participação de mais de uma pessoa é circunstância mais gravosa do que cometer um roubo em circunstâncias semelhantes!!! 'E parece óbvio que o moderno direito penal e o contemporâneo direito constitucional não podem compactuar com tais anomalias. Desnecessário referir que uma norma tem dois âmbitos: vigência e validade (FERRAJOLI). Pode ela ser vigente e não ser válida. No caso dos autos, o dispositivo legal (texto) em questão, que estabelece a duplicação da pena, é vigente; entretanto, sua validade deve ser aferida na confrontação com o princípio da proporcionalidade e o da isonomia'.

Dito de outro modo, no caso sob exame, a teoria garantista de FERRAJOLI pode oferecer um importante e fundamental contributo para o deslinde da controvérsia. Com efeito, em tendo os textos jurídicos sempre dois âmbitos - vigência e validade -, uma norma somente será válida se seu conteúdo estiver em conformidade com a Constituição, entendida em sua materialidade e substancialidade. Ora, o legislador (ordinário) não é livre para estabelecer leis e tipos penais. O grande problema é que, mesmo com o advento de uma nova Constituição, milhares de leis continuam 'em vigor' no sistema. Isto ocorre porque, de forma positivista, o jurista tradicional confunde vigência com validade. *Por isto, as correntes críticas do Direito apontam para a necessária filtragem hermenêutico-constitucional do sistema jurídico, fazendo com que todo o ordenamento fique contaminado pelo 'vírus' constitucional.* A questão é tão grave que o grande jurista JIMÉNES DE AZÚA chegou a propor que, quando da promulgação de uma nova Constituição, todos os Códigos deveriam ser refeitos, para evitar o mau vezo de se continuar a aplicar leis não recepcionadas ou recepcionadas apenas em parte pelo novo topos de validade, que é o texto constitucional.

No caso em tela - e para tanto estou acompanhado da moderna teoria constitucional (CANOTILHO, HESSE, MÜLLER, BONAVIDES, RIBAS, VIEIRA, GUERRA FILHO, BANDEIRA DE MELLO, CLEMERSON CLEVE, L.R. BARROSO, SOUTO MAIOR BORGES, somente para citar alguns) -, *enquanto o poder encarregado de fazer as leis não elaborar as necessárias adaptações legislativas*, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, 'efetuar as correções das leis', utilizando-se para tal dos 'modernos mecanismos hermenêuticos', como a interpretação conforme à Constituição (*verfassunskonforme auslegung*), a nulidade sem redução de texto e a declaração da inconstitucionalidade das leis incompatíveis com a Constituição, para citar alguns.' É o caso dos autos: o texto da lei (art. 155, § 4º, IV, do CP) continua vigente; sua validade, porém, é que vem confortada por uma interpretação constitucional, mediante o uso analógico - para os casos de furto qualificado por concurso de agentes - do percentual de acréscimo decorrente da majoração do concurso de pessoas no roubo'. Além de obedecer o princípio da isonomia, estar-se-á fazendo a readequação da norma ao princípio da proporcionalidade."

Contribuo com o debate agregando aos argumentos de LENIO o quanto segue: a duplicação da pena em furto qualificado pelo concurso, agride espetacularmente o princípio da "isonomia" - aqui centralizo a discussão.

De logo e como substrato teórico, entendo como LENIO: há que se constitucionalizar o direito penal; toda análise penal deve ser banhada, atravessada, pelo viés constitucionalizante. Assim, ao contrário do que alguns poderão pensar, não se está violando leis mas sim colocando-a no quadro maior: o do direito. E o princípio da isonomia está inserto na Constituição, logo há, até no discurso Kelseniano, obediência ao sistema.

No particular, entendo que a "isonomia" sequer teria necessidade de inserção no texto "final", porquanto, como princípio que é, está implícito em todo sistema democrático e mesmo que não estivesse, é norma acima da Constituição. E os princípios são o limite ao intérprete, ao juiz e também ao legislador - principalmente a este!

De outra parte (e também como base teórica) segue-se FERRAJOLI ao dizer que ser garantista *"incluye la crítica a la ideología mecanicista de la aplicación de la ley. En efecto, puesto que en ningún sistema el juez es una máquina automática, concebirlo como tal significa hacer de él una máquina ciega, presa de la estupidez o, peor, de los intereses y los condicionamientos de poder más o menos ocultos y, en todo caso, favorecer su irresponsabilidad política y moral"* (*Derecho y Razón*, Madrid: Ed. Trota, 1995, p. 175).

Como por todos é sabido, "isonomia" é formada de *isos* - igual, e *nomos* - lei: quer dizer igualdade perante a lei.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em dois textos, a) "Princípio da Isonomia: desiquiparações proibidas e desiquiparações permitidas", *in Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1, 79/83, e b) *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3. ed., 4ª tiragem, Malheiros Editores, aquele mais didático e este mais denso, teórico, ensina, em viés aristotélico, que isonomia "desemboca na assertiva segundo a qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das respectivas desigualdades".

Seu conteúdo "é impedir determinadas discriminações, favoritismos ou perseguições. Obstar agravos injustificados".

Quando uma norma atende a igualdade? CELSO diz que há "se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir uma correlação lógica entre o fator de discrimen... e o regramento que se lhe deu", se inexistir, ao contrário, "a congruência lógica ou se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável" há agressão ao princípio.

As discriminações - leia-se tratamento diferenciado - devem ser "lógicas, racionais, visivelmente justificáveis".

EVARISTO DE MORAIS FILHO, *in Curso de Direito Constitucional do Trabalho*, Capítulo "O Princípio de Isonomia", segue a linha de CELSO, acrescentando: a) o princípio da isonomia garante o cidadão "contra o arbítrio dos governantes" (o princípio como limite ao legislador); b) não há agressão ao princípio quando há "fundamentos reais, racionais e lógicos" para o discrimen; c) "é invocável em todos os casos em que não haja igual tratamento diante da lei".

Aterrisso: há quebra do princípio da isonomia no aumento de pena, pelo concurso de agentes, no delito de furto em confronto com o roubo majorado? São tratados desigualmente iguais? Há fundamento "lógico, racional, visivelmente justificável" para o discrimen?

À questão primeira: são de tal forma parecidos ou quase idênticos os tipos?

Em nível de *caput*, a única marca diferenciadora é que no roubo se exige "violência, ou grave ameaça", porque as demais palavras são idênticas: *subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*. Roubo, então, é um *plus* ao furto: subtração mais violência à *pessoa*. E por isso (agressão à pessoa) a pena é substancialmente diferenciada (de 1 a 4 anos e 4 anos a 10 anos).

Mas a proximidade entre eles é espetacular: são crimes contra o patrimônio - fazem parte do mesmo Título - e estão, geograficamente, lado a lado. Não irmãos, mas primos, tanto que admitidos como delitos da mesma espécie para acolhimento da continuidade entre eles. Aliás, sobre o tema há precedente deste Tribunal, acórdão nº 698465028, da lavra do ilustre colega SYLVIO BAPTISTA:

"CONTINUADO - FURTO E ROUBO - POSSIBILIDADE - O conceito de 'mesmo', previsto no art. 71 do CP, não se restringe só à idéia de identidade. Abrange, ainda, a de semelhança ou parença. Desta forma, é de convir que, entre as espécies existentes dentro do gênero patrimônio, as que mais se assemelham são exatamente o furto e o roubo. Ocorre que o núcleo dos dois tipos penais é expressado pelo verbo subtrair e pelo objeto material da coisa alheia móvel. O elemento, que afastaria a identidade entre as duas condutas criminosas, permitindo conceituá-las como duas espécies autônomas, a violência na execução, não se traduz num traço exclusivo de uma delas. Esta violência tanto existe no roubo, quanto no furto, quando, por exemplo, há rompimento de obstáculo à subtração da coisa. O caráter pessoal ou real dessa violência impede que as duas figuras sejam idênticas, mas não nega a semelhança que as vincula e autoriza indicá-las como crimes da mesma espécie."

Vê-se, pois, que se está frente, em nível de *caput*, a delitos absolutamente próximos. Agora vejamos o fator onde existe *igualdade absoluta* - causa de aumento:

Art. 155...

§ 4º A pena é de reclusão se de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:

...

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Art. 157...

§ 2º A pena aumenta de um terço até metade:

...

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas.

Diferença? Nenhuma. Tudo idêntico: no qualificar, no furto, e no majorar, no roubo, "concurso de duas ou mais pessoas".

Qual o discurso para o aumento de pena pelo concurso? A facilitação do delito, impedir coligação de forças, há maior perigosidade.

Mas a identidade é de tal forma espetacular que os doutrinadores, como regra, comentam a hipótese do § 4º, IV, do art. 155, e no momento da análise do § 2º, do art. 157, "simplesmente" remetem o leitor para leitura do que disseram acerca do furto qualificado ou se repetem.

Assim estão: a) Wiliam Wanderlei Jorge, *Curso de Direito Penal*, vol. II, 6. ed., Forense, 1989, pp. 407/432; b) Mirabete, *Manual de Direito Penal*, vol. 2, Atlas, 1998, pp. 228/239; c) Damásio, *Direito Penal*, 2º vol, Saraiva, 1997, pp. 325/342; d) Fragoso, *Lições de Direito Penal*, vol. I, Forense, 1988, pp. 330/351; e) Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. VII, Forense, 1967, pp. 46/58; f) Magalhães Noronha, *Código Penal Brasileiro Comentado*, Saraiva, 1948, 5º vol., pp. 133/183; g) Paulo José da Costa Júnior, em dois momentos, (g. 1) - *Comentários ao Código Penal*, 5. ed., Saraiva, 1997, pp. 472/478; e (g. 2) *Curso de Direito Penal*, vol. 2, Saraiva, 1991, pp. 79/83.

Vê-se, portanto, que a causa de aumento tem "palavras iguais", absoluta identidade doutrinária e a base teórica que justifica sua edição é exatamente a mesma.

São tratados, porém, igualmente os iguais? Pelo concurso o furto dobra a pena, enquanto no roubo o aumento é de um terço à metade. Os iguais são tratados, pois, desigualmente!

Questão seguinte: há fundamento racional, lógico, justificador da discriminação? No meu sentir, nada está a justificar que o furto mediante concurso tenha apenamento maior do que roubo em idêntica condição. Aliás, estaria até justificado se ocorresse o inverso: roubo delito mais sério ao agredir violentamente a pessoa, mereceria (estaria justificado, leia-se) até percentual maior (leia-se pena mais forte) do que furto.

Onde o racional, o lógico? Discriminação injustificada, logo agressor à isonomia.

Aliás, corretamente (leia-se obediente ao princípio) andou o legislador ao conceder mesmo aumento do roubo à extorsão (art. 158, § 1º, CP) - delitos próximos, ou em fixar percentual de apenas uma quarta parte em delitos sexuais, delitos distantes (não estaria estes a merecer maior percentual pela violência à pessoa que se reveste?).

FERRAJOLI até diz que muito pior do que conceder penas (= causa de aumento) iguais a delitos de gravidade diferente é fixar mais elevadas ao delito menos grave (p. 402).

Assim, procura-se, respeitosamente, "racionalizar" o sistema, fazendo presente o princípio da isonomia. A forma de superar é o uso da analogia, para beneficiar, com aplicação ao furto qualificado pelo concurso do mesmo percentual incidente no roubo majorado, ou seja, de um terço a metade.

A pena, vai recalculada. Nada justifica base superior ao mínimo (feitos em andamento ou inquiridos não constituem antecedentes, pena de agressão ao estado de inocência): um ano de reclusão para cada apelante, em regime inicial aberto, e pecuniária mínima ante a pobreza.

A Câmara tem por pacificado que atenuante pode fazer chegar a base aquém do mínimo (ver Julgados 100/143). Ambos os apelantes têm menos de 21 anos. Diminui-se três meses. Alexandre ainda é confesso - outra diminuição de três meses. Resultado parcial: Alexandre, seis meses de reclusão e Cleudiomar, nove meses de reclusão.

Pelo concurso o aumento é de um terço. Final: Alexandre, oito meses de reclusão e Cleudiomar, um ano de reclusão.

Finalmente, substituídas as penas privativas de liberdade por prestação de serviços à comunidade, a ser fixada em execução.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento aos apelos para fixar a pena de Alexandre em oito meses de reclusão e a de Cleudiomar em nove meses de reclusão, substituídas por serviços à comunidade e pecuniária mínima.

Des. PAULO MOACIR AGUIAR VIEIRA - Presidente e Revisor - De acordo.

Des. ARAMIS NASSIF (Vogal): O eminente Relator pretende consagrar a tese da necessária proporcionalidade entre a figura do furto qualificado (art. 155, § 4º, inc. IV, CP), e do roubo majorado (art. 157, § 2º, CP), nas duas hipóteses pelo concurso de agentes.

A matéria já fora enfrentada nesta Câmara, e restei vencido porque defendi a seguinte posição:

"O raciocínio de LENIO parte da gravidade da desproporção da pena entre os dois delitos, enfatizando sua repercussão no de furto que, pelo equilíbrio que se impunha ao legislador, não poderia ser tão exasperada. Mas, tentando alcançar a *mens legis* - confesso que ainda preso ao pensamento jurídico mais puro - lembro que a norma, em verdade, quer evitar que o delito de roubo - se qualificado fosse pelo concurso de agentes - atingisse *quantum* inviável, injusto e desproporcional. Partindo da exasperação pela qualificadora do furto, ter-se-ia uma pena, para o roubo ficticiamente qualificado pela concorrência de agentes, entre oito (8) e vinte anos (20) de reclusão.

Este o valor que o legislador quis evitar: A pena para o roubo em patamar tão elevado, se qualificado fosse.

Vejo, na distinção entre qualificadora e causa de aumento, a inteligência do legislador para evitar o dano penal ao condenado pela rapina violenta. E parece-me que agiu com sensibilidade jurídica que, pela distinção, conseguiu minimizar a situação do apenado pelo delito mais grave, e assim, evitou incidir numa eventual inconstitucionalidade pelo desrespeito à princípios insculpidos na Carta.

Não é desconhecido que esta Câmara tem rompido, em várias oportunidades, com a interpretação logocentrista, literal da lei, para dar, à luz de conceitos e preceitos mais nobres e justos, um verdadeiro sentido ao princípio da proporcionalidade na aplicação do direito ao caso concreto.

Mas a ruptura com o texto legal deve ocorrer em hipótese de flagrante injustiça, com o sentido de preservar o cidadão, axiologicamente considerado no contexto do Estado Democrático de Direito.

A insegurança gerada, na precipitada convicção de alguns, quando da inaplicabilidade da norma reconhecidamente injusta, não abala a necessidade da segurança que se empresta ao indivíduo, base sob a qual constrói-se uma sociedade paritária, isonômica, e limitadora do poder do Estado.

E não me parece, todavia, que em todas as situações colocadas nos textos legislativos, tenha que se buscar uma alternativa mais simpática, menos severa, vez que, em qualquer hipótese, impõe-se o respeito à igualdade proporcional, ou seja, que sejam tratados desigualmente os desiguais, o que não significa, na integridade da norma, uma injustiça, que, ao fim e ao cabo, deve ser evitada.

No caso em debate, extraio e exponho o entendimento de que, efetivamente, as penas para os delitos contra o patrimônio são exageradamente elevadas. Por isto que esta unidade judiciária, pela unanimidade de seus membros, tem acolhido teses como a possibilidade de, ante circunstância legal atenuante, reduzir a pena aquém do mínimo legal, não aceitar o desprezo pelo preceito da individualização da pena exigindo a progressão do regime em crimes hediondos, descriminalização de condutas inadequadas à modernidade, etc.

Mas exige-se do intérprete uma visão horizontal, que não se perca em vínculo ideológico vertical ou circular (sempre considerado), nem no conceito silogístico do direito penal, e sem tornar-se refém de enunciados filosóficos que podem gerar preconceito como qualquer pensamento leigo.

A justiça que se busca não expressa na interpretação unilateral, mas na concretude do gesto e da coragem de mudar, ainda que desafie o texto legal positivado. Mas nunca em mão única na pretensa evolução, porque esta, mormente quando se trata de interpretar normas jurídicas, exige preocupação social, da qual não se exclui os cuidados, sempre mais importantes, com o indivíduo.

Para ousar divergir do entendimento, já avalizados pelos homens que, verdadeiramente, estão criando um novo direito penal (JAMES, AMILTON, AFRÂNIO, SALO, LENIO), de cujas idéias tenho comungado em muitas passagens (e as aplaudo), trago lição de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS:

'Quando porém, em seguida, se afronta a questão do critério de valoração, não é suficiente dizer que o legislador o escolhe em inteira liberdade e que o intérprete só terá de o ir buscar à lei. A solução terá, antes, de se alcançar por uma via apontada para a *descoberta (hoc sensu, a criação)* de uma solução justa do caso concreto e simultaneamente adequada ao (ou comportável pelo) sistema jurídico-penal. O que supõe a *penetração axiológica* do problema jurídico-penal, a qual, no âmbito da dogmática, tem de ser feita por apelo ou com referência teleológica a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal, numa palavra, a valorações político-criminais co-naturais ao sistema. Por esta via se rejeita o puro dedutivismo conceitualista (típico de uma *jurisprudência dos conceitos*, ainda que *teleológica*) que infelizmente não se pode dizer de todo ultrapassado na dogmática jurídico-penal. Mas por igual se rejeita a legitimidade para, a partir de estruturas ônticas ou lógico-materiais pré-jurídicas, se extrair delas, por necessidade, a solução de problemas jurídico-penais práticos. Também nas questões de que trata a dogmática jurídico-penal a atenção prioritária deve ser concedida a considerações de concreta justiça material no selo do sistema dirigido político-criminalmente (e nesta acepção ao *pensamento do problema*), não a ilações retiradas dos dados pré-jurídicos ou do sistema formal-legal.'" (*Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, Ed. RT).

Na conclusão de seu livro, que adoto para encerrar os argumentos pela rejeição da tese, conclui professor de Coimbra:

"Por mim, continuo a preferir os caminhos da dogmática que aí está e progride à sedução de 'dogmáticas alternativas' que se podem, a todo o momento, volver em 'alternativas à dogmática' incompatíveis com a regra do Estado de Direito e, como tal, democraticamente ilegítimas. Quando o afirmo, não é uma postura conservadora que me move, senão que, ao contrário, a atitude mais progressiva que, julgo, pode presidir à atividade do jurista: a de se esforçar por proporcionar as melhores condições possíveis à livre realização da pessoa na comunidade." (Obra citada)

Todavia, na Apelação 70.000.527.127, o eminente Desembargador AMILTON BUENO DE CARVALHO trouxe novos elementos e argumentos que, associados à posição de LENIO, abalaram a minha convicção a respeito do tema e, inclino-me a rever minha posição e aderir à tese.

Li com atenção a tese. Os argumentos são imbatíveis e, por isto mesmo, seria apenas intransigência emulativa insistir na posição anterior.

Todavia, entendo de, além da admissão dos argumentos do Des. AMILTON, e a partir dele, traduzir minha vocação na adesão da tese, por outros tantos que se possa dissertar.

O art. 3º do CPP ("A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito."), obriga a análise do Sistema da Livre Convicção do Juiz à luz do Procedimento de Adequação, para chegar ao entendimento de que ele, ao formar a sua convicção por meio de um julgamento que resultará na decisão a ser tomada, deve ter sempre presente a busca do objetivo maior do direito, qual seja, a JUSTIÇA.

Para que se tenha uma decisão que atenda a tal ideal, o caminho mais correto é o da equidade. E, para que se tenha um julgamento com equidade e, conseqüentemente, uma decisão justa, é impositivo que o magistrado, no mister da interpretação da lei processual ou material, lance mão do Sistema de Adequação, com o cotejo entre a norma e os Princípios Gerais do Direito, a Constituição Federal, os Tratados Internacionais, as Garantias do Homem e do Cidadão, etc.

É de pensar, ademais, que a ação do agente quando pratica um furto, e para sua consumação mais fácil e segura, busca apoio em cúmplices, o faz para sua garantia, ou seja, para sustentar, sem violência contra pessoa, o cometimento do delito ou assegurar sua fuga.

Já no roubo, o concurso de agentes é destinada à maior submissão ou subjugação da vítima. É característica da violência ou grave ameaça a intenção intimidatória que, pela presença de mais de um autor, é mais abrangente, e via de conseqüência, mais grave.

Pode ser dito, assim, que o concurso de agentes no furto é exatamente o contrário do do roubo, vez que aquele, existente para garantia do agente, poupa e preserva a vítima. Neste, ao contrário, destina-se a ampliar a violência ou grave ameaça e, assim, submeter a vítima com mais facilidade.

Por todo o exposto, torna-me confortável aderir a tese, por que faço orgulhosamente, acompanhando o voto do eminente Relator, sem restrições.

Des. PAULO MOACIR AGUIAR VIEIRA -Presidente - De acordo com o Relator.

Decisor de 1º Grau: Dra. ANA PAULA BRAGA ALENCASTRO