



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUANTO AO FURTO DE VEÍCULOS:
UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

MARINA NOVETTI VELLOSO

BRASÍLIA
2016

MARINA NOVETTI VELLOSO

**ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUANTO AO FURTO DE VEÍCULOS:
UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade de Brasília como
requisito para obtenção do título de
bacharel em Direito
Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto**

BRASÍLIA

2016

MARINA NOVETTI VELLOSO

ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTO AO FURTO DE VEÍCULOS:

UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade de Brasília como requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito
Orientador: Prof^o. Dr. João Costa Neto

A candidata foi considerada _____ pela banca examinadora.

Professor Doutor João Costa Neto
Orientador

Mestre Flávio Augusto Milhomem
Membro

Mestre Rafael de Deus Garcia
Membro

Mestrando João Vítor Fiocchi Rodrigues
Membro Suplente

Brasília, 04 de julho de 2016.

AGRADECIMENTOS

Nosso caminho não é por nós determinado. A nós, cabe apenas dar o primeiro passo. E não importa qual seja, devemos ter a consciência que este nunca é dado sozinho. Então, muito obrigada àqueles que caminharam comigo. À minha mãe, por sempre dar o melhor de si e me ensinar o sentido da generosidade. Ao meu pai, por sempre me incentivar e me ensinar o significado do esforço. À minha irmã, por sempre cuidar de mim e me ensinar o sentido do perdão. À Jessica, por sempre estar ao meu lado e me ensinar o significado da amizade. Aos amigos que a UnB me presenteou, por sempre me apoiarem e me ensinarem a pensar. À Ana, Júlia e Marcela, por sempre me aceitarem e me ensinarem a viver. Aos meus professores, em especial ao Prof. João Costa Neto, por repassarem seu conhecimento e me ensinarem a vontade do saber. Espero honrá-los!

RESUMO

Esta monografia trata da aplicação do princípio da proporcionalidade em crime de furto de acessório ou objeto no interior de veículo automotor, com o intuito de retirar a qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo, visto que o furto do veículo em si consubstancia ato mais reprovável e é tipificado pela jurisprudência pátria como furto na modalidade simples. Foi analisado o tipo penal do furto, bem como a qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo. De igual forma foi estudado o princípio da proporcionalidade e seus elementos estruturantes a luz da doutrina. Realizada também análise da evolução do entendimento Superior Tribunal de Justiça, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Este trabalho, por sua vez, tem o objetivo de compreender o entendimento que vigorou no Superior Tribunal de Justiça e demonstrar à luz dos elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade a possibilidade de aplicação da qualificadora. Foi possível concluir que a configuração da qualificadora de rompimento ou destruição de obstáculo nos crimes de furto no interior de veículo entra em confronto com o princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Furto qualificado. Princípio da proporcionalidade. Rompimento ou destruição de obstáculo. Veículo automotor.

ABSTRACT

This paper deals with the application of the principle of proportionality in accessory crime of theft or object in the motor vehicle interior, in order to remove the qualifying destruction or obstruction of disruption since the theft of the vehicle itself substantiates more reprehensible act and it is typified by country law as theft in simple mode. It analyzed the criminal offense of theft, as well as qualifying for destruction or disruption obstacle. Likewise it studied the principle of proportionality and its structural elements the light of doctrine. Also performed analysis of the evolution of the Superior Court of Justice understanding, and the understanding of the Supreme Court. This work, in turn, aims to understand the understanding that prevailed in the Superior Court of Justice and demonstrate the light of the elements of the principle of proportionality to the applicability of qualifying. It was concluded that the configuration of the disruption or obstruction of qualifying destruction in crimes of theft in the vehicle interior clashes with the principle of proportionality.

Keywords: Qualified Theft. Proportionality principle. Disruption or obstruction of destruction. Motor vehicle.

*“A gente quer ter voz ativa
No nosso destino mandar
Mas eis que chega a roda-viva
E carrega o destino pra lá”*

Chico Buarque

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 FURTO COMO TIPO PENAL E A QUALIFICADORA DE QUEBRA DE OBSTÁCULO: roteção Patrimonial, Coisa Alheia Móvel, Ação Tipificada, Qualificadora da Destruição ou Rompimento de Osbtáculo.....	12
1.1 Proteção patrimonial	12
1.2 Coisa alheia móvel.....	15
1.3 Ação tipificada	17
1.4 Qualificadora da destruição ou rompimento de obstáculo.....	19
2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	22
2.1 Constitucionalismo baseado em princípios.....	22
2.2 Elementos constitutivos	26
2.2.1 Subprincípio da adequação ou idoneidade.....	27
2.2.2 Subprincípio da necessidade ou exigibilidade	28
2.2.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	29
2.3 Aplicação prática	31
2.4 Direito penal e o princípio da proporcionalidade	32
3 ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL	34
3.1 Posicionamento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça	34
3.2 Posicionamento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.....	38
3.3 Posicionamento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.....	42
3.4 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

Em apenas três anos, o Superior Tribunal de Justiça, STJ, alterou, substancialmente, seu entendimento acerca do rompimento da quebra de obstáculos no furto de veículos:

Veículo (rompimento dos vidros dianteiro e lateral). Subtração (frente removível do tocador de CD). Furto (simples/qualificado). Sentença (furto simples). Apelação (furto qualificado). Qualificadora (não ocorrência). Princípio da proporcionalidade (aplicação). (...) . 2. À vista disso, não se pode considerar o vidro de um automóvel coisa quebradiça e frágil, que, no mundo dos fatos, não impede crime algum, obstáculo, impedimento ou embaraço à subtração da coisa. 3. Não se pode cominar pena mais grave àquele que, ao quebrar o vidro de um veículo, subtrai a frente removível do aparelho de som, sob pena de se ofender diretamente o princípio da proporcionalidade. 4. Habeas corpus deferido para se excluir a qualificadora, restabelecendo-se a sentença. (STJ - HC: 152833 SP 2009/0218853-6, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 05/04/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2010)

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. VIDRO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. SUBTRAÇÃO DE APARELHO SONORO. CONFIGURAÇÃO DA QUALIFICADORA DO INCISO DO § 4º DO ART. 155 DO CP. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. A subtração de objetos localizados no interior de veículo automotor, mediante o rompimento ou destruição do vidro do automóvel, qualifica o furto. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (...) 4. Embargos de divergência acolhidos para dar provimento ao recurso especial do Ministério Público para restabelecer a sentença que reconheceu a qualificadora tipificada no art. 155, § 4º, I, do Código Penal. (REsp 1079847/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 05/09/2013)

O primeiro precedente foi publicado em 20 de setembro de 2010 e relata o caso de Bruno Souza Santos de Abreu, condenado, por tentativa de furto simples, a 6 (seis) meses de reclusão, substituída por multa. O segundo julgado, publicado em 05 de setembro de 2013, narra a história de Wanderlei Verona Antenor, condenado, por furto qualificado pela destruição de obstáculo à subtração da coisa, a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 11 (onze) dias multa.

A princípio, as jurisprudências expostas não parecem estar relacionadas, a não ser pela distância temporal de quase exatos três anos e ambas se tratarem de julgados do STJ.

A primeira situação apreciada descreve a apropriação, por parte do senhor Bruno, da frente removível do toca-CD, marca Britania, MP3, do interior do veículo Placa DEW 7445, modelo GM/Celta, de propriedade de Manoel Silva Leite.

Na segunda história, mais recente, o senhor Wanderlei subtraiu para si um aparelho toca CD, marca 'Buster', do interior do veículo Toyota Hilux CS, placa DQK-6090, pertencente a José Afonso Cáfaró.

A identidade entre os casos é patente. Contudo, a completa discrepância quanto às condenações não pode deixar de ser ressaltada.

Consoante explanado, o sr. Wanderlei, ao cometer o mesmo tipo penal que o sr. Bruno, teve punição 8 (oito) vezes mais gravosa, simplesmente porque a data do julgamento ocorreu simultaneamente a mudança do entendimento da Corte Superior, que passou a desconsiderar a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade.

Esse será o nosso objeto de pesquisa, isto é, a análise da aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal, especificamente quanto a qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo de veículo para prática de furto em seu interior, com o reconhecimento do furto na modalidade simples.

A aplicação do princípio supracitado levanta a hipótese de desproporção de penas estabelecidas pelas jurisprudências demonstradas. Os órgãos do Superior Tribunal de Justiça aplicavam punições distintas causando insegurança jurídica acerca do tema. Em ações penais cujo criminoso havia praticado furto de objetos contidos em veículo automotor, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça mantinha a qualificadora de rompimento de obstáculo enquanto a Sexta Turma do mesmo Tribunal retirava a qualificadora, aplicando o princípio da proporcionalidade e punindo o agente por furto simples.

Sendo assim, este trabalho se propôs a fazer uma análise crítica da visão da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça. O estudo analisará também a posição da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que veio a unificar o tema, e do Supremo Tribunal Federal. Afinal, a aplicação da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo no caso de furto de acessórios ou objetos em interior de veículo automotor respeita o princípio da proporcionalidade?

Diante disso, o objetivo geral deste trabalho é estudar o instituto penal do furto, a qualificadora do rompimento de obstáculo, o princípio da proporcionalidade e a evolução da jurisprudência produzida para entender os argumentos de cada linha de entendimento das

Cortes Superiores e do Supremo Tribunal Federal sobre o debate em tela, ponderando as razões de cada órgão julgante.

O primeiro capítulo apresentará o crime de furto em todos os seus aspectos, fundamentos e características, revelando quem é o sujeito ativo e passivo do crime, a importância do dano da vítima, a ação penal competente, a possibilidade de tentativa, o objeto do crime, o elemento normativo, a conduta, o elemento subjetivo, o momento de consumação, a possibilidade de participação por omissão ou posterior, o concurso de pessoas e a qualificadora do rompimento de obstáculo de modo detalhado.

O segundo capítulo revelará a importância dos princípios no ordenamento jurídico pátrio, a diferença entre o princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade, os elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade, a possibilidade de aplicação no caso concreto e a viabilidade de utilização do referido no Direito Penal sem violar a legalidade inerentemente atribuída pela Constituição em vigor.

O terceiro e último capítulo analisará de modo crítico cinco acórdãos da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, informativo publicado e seu posicionamento histórico. O posicionamento histórico da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça através de oito julgados e o informativo publicado. A decisão sobre a divergência da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça e os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que tratam do tema aprofundando-se nos argumentos balizadores da orientação de cada órgão, em especial o voto dos Ministros.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica de livros de doutrina e artigos em periódicos, bem como a análise de argumentos, conclusões e técnicas jurídicas de acórdãos relevantes para o tema em apreço, exarados pelo Poder Judiciário.

1. FURTO COMO TIPO PENAL E A QUALIFICADORA DA QUEBRA DE OBSTÁCULO:

Proteção Patrimonial, Coisa Alheia Móvel, Ação Tipificada, Qualificadora da Destruição ou Rompimento de Osbtáculo

Este primeiro capítulo visa a elucidar o objetivo de pesquisa utilizado no presente trabalho, isto é, descrever o tipo penal insurgido e a qualificadora em questão. Dessa forma, pretende-se introduzir o assunto de análise da pesquisa, apresentando os seus aspectos jurídicos na visão de vários doutrinadores e mostrando as correntes de entendimento quanto às divergências.

1.1 Proteção Patrimonial

De uma visão histórica, é possível perceber que a propriedade privada surgiu concomitantemente com a necessidade de sua proteção, por meio da criminalização dos atos de terceiros que atentassem contra o patrimônio pessoal do possuidor (SALLES JUNIOR, 1995, p. 12).

É nesse contexto que nasce a tipificação dos crimes contra o patrimônio, *latu sensu*, dentre os quais se destaca o furto, *strictu sensu*, objeto da presente análise.

No sistema jurídico pátrio, o furto é considerado crime pelo Código Penal Brasileiro, CP, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 , sob o Título II, Capítulo 1. Esse diploma legal foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, que dispõe, em seu art. 5º, inciso XXII¹, o direito de propriedade.

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

(...)

Assim, o furto é conceituado como tipo penal cujo agente retira da vítima a *res*, a “coisa”, sem que para isso exerça violência ou grave ameaça, sendo geralmente aperfeiçoado por meio da utilização de ato clandestino ou sorrateiro (PARIZATTO, 1995, p. 136).

O sujeito ativo do crime é diretamente relacionado à descrição do tipo normativo, em especial, à palavra “alheia”. O agente que pratica o crime de furto é qualquer pessoa, exceto aquela cujo título lhe concedeu a característica especial de proprietário ou dono. Na mesma linha de raciocínio, estão elencados o coerdeiro, o sócio e o condômino, mesmo que não completamente proprietários, mas proprietários em parte da “coisa” (BITENCOURT, 2013, p.16).

Assim, também não é possível figurar o pólo ativo desse tipo o agente que exerça legitimamente a posse ou detenção, pois caso pratique o ato de tomar para si a “coisa” o crime praticado, em verdade, será o de apropriação indébita, previsto no art. 168 do Código Penal² (PARIZATTO, 1995, p. 141).

Em contrapartida, o sujeito passivo do crime de furto é o possuidor direto e/ou o proprietário indireto, àqueles que tem seu patrimônio reduzido por força do ato criminoso praticado. Cabe ressaltar a necessidade de posse permanente da *res*, já que o mero detentor desinteressado, que possui momentaneamente a coisa, não possui interesse jurídico para figurar no pólo passivo (NORONHA, 2003, pp. 257-265).

Nesse caso, para o mero possuidor, o objeto furtado representa dano patrimonial pela sua utilidade e não pela sua riqueza, enquanto para o proprietário de fato, representa dano ao seu patrimônio, tanto pela sua riqueza e possivelmente pela sua utilidade, a depender da situação (BATISTA, 1997, pp.191-192).

Contudo, é imprescindível salientar que o legislador, ao criar o tipo penal, optou por tutelar a propriedade em si, de modo geral, sendo irrelevante, em um primeiro momento, a identidade da vítima, como ela possuidora, proprietária ou ambas. Em fato, a relevância se encontra na configuração do caráter “alheio” da “coisa”, conforme disposto anteriormente, vez sua relação com o agente que praticou o tipo criminoso (BITENCOURT, 2013, p. 16).

Desse modo, o elemento normativo central do furto reside na qualidade de “alheio”, sendo indissociável a “coisa” ter um dono ou possuidor, ressalvadas três hipóteses: a *res nullius*, coisa sem dono e/ou proprietário; a *res derelicta*, aquela que se encontra abandonada; e a *res desperdita*, coisa não abandonada, mas sim perdida e que, ao ser encontrada, deve ser

² Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.” (Grifo do aditados) (BRASIL,1940)

devolvida para que não seja configurado o crime de apropriação de coisa achada, disposto no art. 169, parágrafo único, inciso II do Código Penal³ (JESUS, 2004, pp. 355-356).

No que tange à possibilidade de furto de coisa própria, a doutrina se diverge em duas correntes principais. Uma delas entende ser impossível o crime de furto de coisa cuja propriedade seja do autor devido ao núcleo do elemento “alheia”, fundamental para determinação do sujeito ativo. Para esses, caso a posse seja, legitimamente, de outrem, seu esbulho por seu dono consubstanciará o tipo penal previsto pelo art. 346 do Código Penal⁴. No entanto, a corrente contrária, na qual se inclui Edgar Magalhães Noronha, entende que a palavra “alheia” também pode se referir a posse e, caso o proprietário tenha tomado a *res* de forma indevida, terá incorrido no crime de furto (CAPEZ, 2004, p. 398).

Há, ainda, a corrente defendida por Cezar Roberto Bittencourt, a qual entende haver omissão legislativa quanto a crime praticado por proprietário ao subtrair coisa em posse de legítimo possuidor, vez que inexistiria qualquer dano patrimonial (BITENCOURT, 2013, p. 61).

Nélson Hungria, por sua vez, inaugura um quarto argumento, ao afirmar art. 155 do Código Penal não proteja a posse, aduzindo que a palavra “alheia” refere-se unicamente à propriedade. Há também a posição de Manzini que entende que a proteção refere-se unicamente ao direito de posse (SALLES JUNIOR, 1995, p. 88).

No entanto, Heleno Claudio Fragoso, junto com a maioria dos doutrinadores, entende que o tipo penal do furto protege o patrimônio em si, vez que está disciplinado sobre o título dos crimes contra o patrimônio do Código Penal, de forma que poderia ser configurado como sujeito passivo tanto o proprietário quanto o possuidor. Isso porque entende que se o único ofendido fosse o proprietário o crime estaria sob a égide do título de crimes contra a propriedade (BATISTA, 1997, p. 225).

Insta salientar que há exclusão de tipicidade quando há o consentimento do proprietário, pois, apesar de não estar expresso no tipo penal a necessidade de discordância da vítima, seu consentimento acarreta numa descaracterização do núcleo da ação de “subtrair”, sendo o dissenso, desse modo, elemento estruturante do crime analisado (BITENCOURT, 2013, p. 63-64).

³ Art. 169 – Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza: Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único – na mesma pena incorre:

(...)

II – quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro do prazo de 15 (quinze) dias.

⁴ Art. 346 – Tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Por fim, ressalva-se que o crime de furto é de ação penal pública incondicionada. Deste modo, ao ser notificado sobre a notícia do crime, o Delegado deverá instaurar inquérito, sem qualquer condição ou exigência, ressalvada a hipótese de furto em ambiente familiar previsto no art. 182 do Código Penal⁵, cuja ação penal estará condicionada a representação. (JESUS, 2004, p. 359)

Uma vez superada a análise sob a ótica da proteção patrimonial, passa-se a análise do objeto do tipo.

1.2 Coisa Alheia Móvel

Embora exista uma certa de existir certa confusão entre “bem” e “coisa”, a palavra “bem” transmite um significado mais amplo, englobando tanto riqueza quanto utilidade integrante do patrimônio da pessoa, podendo tratar-se de bens materiais ou não, direitos ou coisas. Enquanto que “coisa” designa apenas objetos que possuem natureza física, material e/ou corporal. Assim, dentro do grupo de “bens” existe o grupo de “coisas” e apenas estas são objeto de furto independentemente de possuírem ou não valor (BATISTA, 1997, p. 63).

A concepção patrimonial do Direito Penal é diferente da concepção do Direito Civil, pois, para este patrimônio é constituído pelo conjunto de ativos e passivos que possuem valor econômico e para aquele a concepção de passivo ou dever não pode ser objeto de crime na dimensão dada pelo tipo penal em estudo. Há que se falar também que os bens que não possuem valor econômico podem ser objeto de furto e, no entanto, não participam da concepção de patrimônio dada pela Lei Civil, de modo que, tanto qualitativamente quanto quantitativamente, patrimônio Civil não é o mesmo que patrimônio Penal. Apesar de que o elemento econômico predomina traduzindo em valor qualquer bem, vale lembrar que “coisas” que não possuem valor de venda, mas que possuem utilidade para seu proprietário são na concepção Penal parte do patrimônio e por esta razão suscetíveis de se tornarem alvo do crime de furto (BATISTA, 1997, p. 65).

Um bem do patrimônio não necessariamente é traduzível em pecúnia. Se uma coisa constitui para seu dono bem moral, juridicamente esta “coisa” possui valor para seu proprietário perfazendo utilidade e conseqüentemente repousando sob tutela do direito. Assim, o patrimônio compreende também o que não é apreciável economicamente ou o que

⁵ Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:
I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;
II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;
III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

não é avaliável em pecúnia, incluindo bens que possuem valor meramente afetivo. A proteção Penal diz respeito ao patrimônio, sendo, portanto, mais ampla que o dano econômico, embora este seja o mais comum (BITENCOURT, 2013, p. 65).

Vale lembrar, que apesar de outras pessoas ou mesmo o agente do furto não vislumbrarem qualquer valor para o bem furtado, não livra a referida coisa da participação no patrimônio da vítima, visto que, a importância do bem diz respeito ao proprietário e apenas a este cabe a avaliação da existência de prejuízo ou não, mesmo que o caráter da perda não seja econômico. O Código não fala em ânimo de lucro e sim em mudança da posse na descrição da conduta delitiva (BATISTA, 1997, p. 67).

Conclui-se quanto à concepção jurídica da palavra “coisa” que apesar do Direito Civil não incluir no patrimônio da vítima bens que não são apreciáveis economicamente, reconhece o direito de propriedade quanto a estes mesmos bens, assim não seria lógico retirar sua proteção sob a ótica Penal (JESUS, 2004, p. 362)

Há também os bens indisponíveis que pela sua natureza não são suscetíveis de integrar patrimônio de nenhum particular, o que os torna inábeis a apropriação, pela sua inadequação ao domínio do homem como, por exemplo, o mar ou o ar (CARVALHO, 1995, pp. 1130-1132).

O homem vivo não é objeto de furto, pois o direito estabeleceu que furto se refere a “coisa” e no âmbito jurídico o homem vivo é tutelado por outros institutos cujos crimes são de raptio, seqüestro, subtração de incapaz entre outros a depender do modus operandi utilizado pelo autor. Se o homem estiver morto, o cadáver em posse de faculdade para estudos científicos configura “coisa”, podendo ser objeto do crime de furto, no entanto, se o corpo não estiver nessa condição estará configurado crime contra o respeito dos mortos, tipificado no art. 211⁶, do Código Penal (CAPEZ, 2004, p. 397)

Quanto à palavra “móvel”, o sentido buscado pelo Direito Penal difere do Direito Civil, já que, por exemplo, navios, aeronaves, máquinas industriais, animais e outros são por determinação da lei Civil considerados imóveis. No entanto, na ótica Penal, esses objetos são considerados como sendo móveis, sendo, portanto, passíveis de furto (BATISTA, 1997, p. 69).

Em linhas gerais, pouco importa a ficção jurídica criada pelo Direito Civil, a palavra “móvel” no Direito Penal aproxima-se muito da definição expressa pelo dicionário da língua portuguesa e é aquilo que pode se movimentar, aquilo que é suscetível de ser apropriado, que

⁶ Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:
Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

pode ser levado para outro local, removido, transportado por força do ser humano, sendo esta física ou expertise (CAPEZ, 2004, p. 398).

Por fim, é importante demonstrar que nos termos do artigo 155 do Código Penal, a ação praticada pelo agente deve ser a de “subtração”, o que difere da apropriação indébita e do estelionato, hipótese na qual a vítima conscientemente entrega a coisa ao agente. No crime de furto, o dono ou possuidor não pode ter conhecimento da ação enquanto praticada, vindo posteriormente a descobrir que a coisa desapareceu, momento que o furto já foi consumado. Caso o ladrão se valha de animais treinados, pessoa inimputável ou pessoa imputável de boa-fé que não seja a vítima do crime estará do mesmo modo incurso no tipo penal do furto mudando apenas a forma como praticou a ação (BATISTA, 1997, p. 68).

1.3 Ação Tipificada

No crime em análise o dolo é o elemento subjetivo sem o qual não há furto. Se o agente supunha que a “coisa” era sua por direito e leva consigo configura-se erro de tipo excludente do crime que não existe na forma culposa. A necessidade de *animus furandi* que consubstancia-se em assenhoreamento ou apropriação definitiva da coisa furtada é essencial. Há que se falar que a motivação do crime é irrelevante e não é o mesmo que vontade de apropriar-se da “coisa” (JESUS, 2004, p. 362).

A conduta praticada é a de “subtração” que não significa mudar de local ou deslocar a “coisa”, a finalidade precípua da retirada deve ser a mudança da posse dando ao agente e retirando da vítima o poder de livre disposição (BITENCOURT, 2013, p. 67).

O momento de consumação do crime de furto está consubstanciado na teoria da inversão da posse e é o momento que a vítima não possui mais a disposição do bem, não importando se a posse do agente criminoso é tranqüila ou não (GONÇALVES, 2003, p. 360).

O delito consuma-se quando o agente possui livre disposição sobre a “coisa”. O momento em que a vítima percebe o furto é posterior a sua consumação, instante que o ofendido não mais exerce as faculdades do direito de posse (JESUS, 2004, p. 362).

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que a consumação do furto ocorre quando o autor se torna possuidor da *res furtiva* conforme julgado da Sexta Turma de

relatoria da Ministra Assusete Magalhães no Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.248.306/RS⁷ com a seguinte ementa:

“PENAL. FURTO. MOMENTO CONSUMATIVO. DESNECESSIDADE DA POSSE TRANQUILA DA RES FURTIVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I. Este Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a consumação do crime de furto ocorre no momento em que o agente torna-se, mesmo que por alguns instantes, possuidor da res furtiva.

II. No caso, o acórdão recorrido consignou que, embora o agente tenha sido preso em flagrante (perseguição policial), os bens subtraídos saíram, efetivamente, da esfera de vigilância da vítima.

III. Consoante a jurisprudência do STJ, "considera-se consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranqüila, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima para a caracterização do ilícito" (STJ, REsp 1.098.857/RS, Relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 28/06/2010).

IV. Agravo Regimental a que se nega provimento.”

O furto é delito material de consumação instantânea no momento da subtração, assim a perseguição da vítima ao agente criminoso não deixa o crime em processo de execução e mesmo que a vítima recupere a “coisa” não descaracterizará o crime para mera tentativa (NORONHA, 2003, pp. 257-265).

A tentativa de furto existirá apenas se por circunstâncias alheias ao controle do criminoso a “coisa” não for retirada da vigilância da vítima e mais importante, de sua livre disponibilidade, como por exemplo o automóvel que possui dispositivo anti-furto que por si só foi capaz de impedir que o autor ligasse o motor do veículo (JESUS, 2004, p. 363).

A participação por omissão no crime de furto é possível quando o agente com intenção, e devendo impedir, se omite para que o resultado ocorra. Exemplo é o empregado que devendo lacrar o local de trabalho, não o faz para que outrem pratique a subtração dos bens ali acautelados. Quanto à participação posterior não é possível, pois o núcleo do tipo é “subtrair” e após realizado o ato núcleo do tipo, está consumado o crime (CAPEZ, 2004, p. 402).

Para o crime sob análise existe a possibilidade de prática em concurso material com outros crimes ou com o mesmo crime inclusive, quando o agente pratica dois atos autônomos. Existe também a possibilidade de prática de crimes em concurso formal quando com uma

⁷ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1.248.306/RS. Brasília, 17 de junho de 2013. Julgado em 28 mai. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT&sequencial=1238312&num_registro=201100876743&data=20130617&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

única ação o agente pratica dois ou mais crimes. Por último, é possível a continuidade delitiva pela prática de vários furtos, bem como por furto e outros crimes. Artigos 69, 70 e 71 do Código Penal⁸ (PARIZATTO, 1995, p. 142).

Após exaustiva análise do tipo penal descrito pelo caput do artigo 155 do Código Penal, cuja nomenclatura jurídica estabelece como furto na modalidade simples, passa-se a análise do tipo de furto denominado qualificado.

1.4 Qualificadora da Destruição ou Rompimento de Obstáculo

O delito de furto possui em seus parágrafos 4º e 5º⁹ um rol taxativo de qualificadoras cuja configuração de apenas uma dentre as apresentadas será suficiente para tornar o crime simples em qualificado com pena mais pesada e maior reprovação social do ato (CAPEZ, 2004, p. 402).

⁸ Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de designios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

⁹ Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

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

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior

Quanto a qualificadora expressa pelo inciso I do parágrafo 4º, os verbos utilizados pelo legislador, no caso, “destruir” ou “romper”, referem-se a demolição ou arrombamento respectivamente, de substância material que esteja protegendo o objeto do furto em evidente finalidade de impedir o fim procurado pelo criminoso de apossamento da “coisa” (BITENCOURT, 2013, p. 68).

“Destruir” é eliminar, fazer desaparecer, usar a violência contra um estorvo que propõe-se a impedir a ação criminosa. Já “romper” significa separar, partir, retirar a resistência de algo que está no caminho do agente para consecução de seu objetivo (GRECO, 2009, p. 414).

Cumprido notar que não especificou o parágrafo 4º do artigo 155 o meio pelo qual a violência deve ser empregada, assim qualquer meio que leve ao “rompimento” ou “destruição” irá operar a qualificadora sob a ação criminosa, deixando o crime praticado mais grave (NORONHA, 2003, p. 266)

Por sua vez, quanto ao momento em que se dá a violência, antes ou depois do contato físico do agente com o objeto do furto, a maioria da doutrina entende que se para dispor livremente da coisa o agente precisar praticar violência, o crime será qualificado mesmo após o contato físico e posse do agente com a “coisa” furtada, pois o importante é que o crime ainda não se encontrava consumado, em razão do agente não poder dispor do objeto livremente (BITENCOURT, 2013, p. 69).

No entanto, para uma corrente minoritária, como a de Edgar Magalhães Noronha, a violência deve ocorrer antes ou concomitante ao agente alcançar fisicamente o objeto do furto, pois em sua concepção a redação do dispositivo presta este entendimento e se o legislador quisesse proteger toda a ação criminosa não incluiria na redação final do dispositivo qualificador a expressão “à subtração” (NORONHA, 2003, p. 264).

Por fim, o “obstáculo” pode ser externo quando estiver desvinculado fisicamente do objeto como paredes, cofres, grades ou interno quando estiver intimamente ligado ao bem como um alarme. Também pode ser de natureza ativa como é o exemplo de uma cerca elétrica que dificulta a entrada do agente com ação de choque, ou passiva como portas, grades ou vidraças (GRECO, 2009, pp. 415-417).

Destarte, a última questão que se propõe é se o “obstáculo” pode ou não ser parte da “coisa”. Neste aspecto há duas correntes, uma entende que o “obstáculo” não pode ser parte da “coisa” e violência contra o objeto do furto não qualifica o furto, seguida por Damásio de Jesus, e a outra, seguida por Guilherme de Sousa Nucci, entende que qualquer violência à

barreira existente, seja ela inerente ou não ao objeto do furto, qualifica-o. (JESUS, 2004, p. 365 e NUCCI, 2008, p. 682)

No caso em estudo, ao se analisar as duas vertentes doutrinárias, ao quebrar o vidro do automóvel a fim de subtrair apenas o aparelho de som nele instalado, o agente realiza furto qualificado pelo rompimento de obstáculo. Pela primeira interpretação, o obstáculo – o vidro – é exterior à subtração da coisa; pela segunda, é indiferente sua exterioridade – em ambas, furto qualificado. A diferença entre as duas posições doutrinárias somente é notada quando o obstáculo não é exterior. Por exemplo: ao quebrar o vidro, o sujeito subtrai o próprio automóvel. Pela primeira interpretação, o obstáculo – o vidro – não é exterior à subtração da coisa; logo, furto simples. Pela segunda, como é indiferente a exterioridade do obstáculo, furto qualificado (JÚNIOR, 2006).

Nessa hipótese, se encontra o objeto da presente pesquisa, vez que, pela primeira interpretação, seria considerado furto simples àquele no qual a *res furtiva* é o automóvel em si, enquanto seria tratado como furto qualificado àquele cujo objeto furtado é, somente, o aparelho de som do veículo. Como se poderia, desse modo, a jurisprudência pátria, em consonância com o princípio constitucional da proporcionalidade, apenar mais gravosamente delito de menor poder ofensivo?

Para Damásio, a incidência do princípio da proporcionalidade determina que seja aplicada penas e consequências mais severas para os crimes mais graves e, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, respostas mais brandas. Desse modo, esse princípio veda toda sanção injustificável quando comparada com a consequência prevista para a hipótese mais grave em abstrato, de forma que seria afronta à Constituição considerar o vidro do veículo obstáculo apto a configurar a qualificadora do art. 155, § 4º, I, do Código. (JESUS, 2004, p. 365)

Para que se possa entender o problema de forma mais completa, se faz necessário o estudo detalhado acerca do princípio da proporcionalidade.

2 . PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Neste capítulo será tratado o princípio da proporcionalidade, desde o sentido da palavra princípio, a conceituação de proporcionalidade, a relação com o princípio da razoabilidade, os elementos constitutivos ou formadores, aplicação prática e finalizando com a sua utilização no Direito Penal.

2.1 Constitucionalismo baseado em princípios

O princípio da proporcionalidade sedimentou-se com a formação dos Estados modernos que optaram por incluir em suas cartas constitucionais a proteção dos direitos humanos (BARROS, 2003).

Após a 2^a Guerra Mundial muitos países, inclusive o Brasil, aderiram à ideia de reconhecer o ser humano como finalidade precípua do direito. A dignidade da pessoa humana se tornou o núcleo central da atual Constituição da República. Os direitos e garantias fundamentais são a dimensão e suporte de uma nova ordem jurídica que consagra a preocupação principal do legislador originário em assegurar a dignidade da pessoa humana integralmente. No entanto, estes direitos e garantias positivados pela Carta de 1988 entraram em conflito em variados casos concretos. O Poder Judiciário necessitou então de uma ferramenta para decidir entre direitos fundamentais, constituindo uma escala de importância ou preferência. Neste momento, surgiram as chamadas diretrizes constitucionais ou princípios que se encaixaram perfeitamente como ferramentas para a resolução dos problemas (CARDOSO, 2009, pp. 64-65).

A palavra princípio possui basicamente duas explicações ou significados. O primeiro é a de norma princípio, a qual caracteriza o início da criação de um sistema, em outras palavras, é a orientação do caminho que o legislador deve seguir na produção da futura legislação, para alcançar os objetivos pretendidos com a edição das leis. O segundo significado é aquele onde o termo princípio designa um núcleo de valores e bens que propagam do sistema normativo, ou seja, é a conclusão do caminho perseguido pelo legislador ou desfecho do objetivo legislativo. Assim, de um modo ou de outro, um princípio jurídico é uma idéia que permite considerar a norma como fundamentada na idéia de direito ou conveniente a valores jurídicos reconhecidos, identificando-se com estes mesmos valores de certo modo ou pelo menos em parte (IZANIAWSKI, 2000, pp. 19-20).

Dworkin distinguiu princípios e regras por meio do modo ou da quantidade de incidência num conflito normativo. As regras, exatamente por terem seus dispositivos estruturados de forma hipotético-condicional, incidiriam na sua totalidade ou não incidiriam (tudo ou nada). Os princípios, por outro lado, possuiriam uma dimensão de peso ou importância e, havendo uma colisão entre eles, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, 2002, pp. 39-42).

Alexy, desenvolvendo a tese de Dworkin, apresentou a ponderação e a introdução de regras de exceção como meio de solucionar a colisão entre princípios e regras. Nos casos de conflito de regras, a solução dar-se-ia por meio da declaração de invalidade de uma delas (tal como proposto por Dworkin), mas somente na impossibilidade de se introduzir uma terceira regra que excepcionasse as duas conflitantes (cláusula de exceção). Já na hipótese de colisão principiológica, para Alexy, um princípio deverá ceder para a aplicação do outro, mas sem que isso signifique a declaração de invalidade de um deles, nem a introdução da exceção, tendo em vista o fato de as regras trazerem mandamentos definitivos, de modo que eventual conflito se dá no plano abstrato, e os princípios trazerem mandamentos *prima facie*, com eventual conflito ocorrendo no plano concreto. Em suma, a distinção para Alexy dar-se-ia em dois momentos: o primeiro seria a colisão, já que os princípios se limitariam reciprocamente e as regras se excluiriam ou seriam excepcionadas; o segundo momento, decorrente do primeiro, seria a densidade normativa, visto que as regras estabeleceriam mandamentos absolutos e os princípios, mandamentos relativos (ou relativizáveis no caso concreto). (ALEXY, 1993, pp. 88-89)

Já Humberto Ávila questiona os parâmetros apontados por Dworkin e Alexy e apresenta uma nova concepção sobre a distinção entre princípios e regras. O trabalho de Ávila tem como premissa básica a separação entre o dispositivo legal e a norma. O dispositivo consiste no texto escrito tal qual posto pelo legislador. Assim, o dispositivo do art. 121 do Código Penal é “matar alguém”, mas, como a norma é o resultado da interpretação do dispositivo, a norma contida no texto legal seria “é proibido matar” (AVILA, 2006, p. 30)

Para o presente trabalho, adotou-se o entendimento elencando por Humberto Ávila, vez que, na situação trazida, a proporcionalidade não pode ser considerada apenas um princípio, mas sim uma regra, porque não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência

diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência (AVILA, 2001).

Assim, tem-se que o dispositivo do art. 155, §4º deve ser submetido a regra da proporcionalidade, para que a norma contida no texto legal seja interpretada de forma que assegure uma degradação de penas, levando em consideração o objeto jurídico assegurado, a *res furtiva* e seu valor.

Isso porque o ordenamento pátrio não é concebido mediante um sistema fechado de normas, onde cada fato resulta em uma consequência jurídica pré-determinada pela legislação e impassível de questionamento. O sistema normativo é aberto deixando a possibilidade de consideração das peculiaridades de cada caso concreto e utilização de vários recursos e princípios jurídicos, e não apenas a norma positivada. Além disso, há abertura no próprio ordenamento para o estabelecimento de uma conexão da realidade com os princípios fundamentais e as máximas universais de justiça guardando uma subjetividade necessária para a realização da idéia de proporcionalidade (GUERRA FILHO, 2009, pp. 170-189).

Quando se fala na expressão proporcionalidade logo se faz a relação com a idéia de equilíbrio ou ainda na relação harmônica de duas grandezas. No entanto, o sentido do princípio da proporcionalidade é bem mais amplo e absorve muitas outras idéias como adequação de meios e fins, utilidade dos atos perante os direitos mitigados, necessidade jurídica e fática da intervenção, entre outras relações possíveis. (BARROS, 2003)

O princípio da proporcionalidade possui natureza mista, pois se apresenta como princípio pela sua generalidade e abstratividade e como regra pela valoração de princípios conflitantes. Alguns doutrinadores consideram como: “princípio dos princípios”, pois através dele outros mandamentos jurídicos encontram condição de aplicação prática e eficácia na medida da ponderação necessária ao caso concreto. (CARDOSO, 2009, pp. 64-65)

Neste contexto, para definição do conteúdo do princípio da proporcionalidade pelo seu caráter altamente abstrato é necessário analisar a situação jurídica ou a proposição material apresentada, situando deste modo seu alcance e revelando sua aplicação e teor ao caso (GUERRA FILHO, 2009, pp. 170-189).

No tocante a função legislativa, o princípio da proporcionalidade tem o escopo de proteger os objetivos da Constituição Federal de violações da legislação infraconstitucional ou

derivada, das leis criadas pelo Poder Legislativo em efetivo funcionamento. Assim, os seus elementos ou subprincípios analisados separadamente auxiliam o estudo da compatibilidade lógico formal das normas editadas em face da Constituição vigente. Vale ressaltar que na grande maioria das vezes os vícios de determinado ato legislativo se conectam com a violação a outros princípios ou regras constitucionais por fundamentos diferentes (BARROS, 2003).

Impende observar que quando puder ser constatada a existência de medida legislativa menos agressiva aos direitos e garantias tuteladas pela Constituição, e do mesmo modo, puder alcançar o fim jurídico pleiteado pela norma editada, a mesma deve ser declarada inconstitucional por violação ao princípio da “proibição de excesso”, decorrente do princípio da proporcionalidade (MENDES, 2002, pp. 246-275).

O Supremo Tribunal Federal empregou pela primeira vez o princípio em análise em 1993, quando suspendeu os efeitos da Lei Paranaense 10.248 de 14 de janeiro de 1993 deferindo medida liminar em razão de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, visto que, foi considerada excessiva a exigência da pesagem de botijões a cada troca pelo consumidor (BARROS, 2003).

Cabe salientar, contudo, que o princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, já que apesar existir um tênue limiar entre ambos, os conceitos são bem distintos, conforme diferenças tratadas a seguir (ALCÂNTARA, 2010, pp. 72).

Apesar de terem objetivos semelhantes, a estrutura e o critério com que cada uma é aplicada são diferentes, sendo a proporcionalidade muito mais do que apenas a adequação dos meios ao fim. Ela deve ser entendida como instrumento de interpretação do direito, que é uma de suas aplicações mais proveitosas. (BONAVIDES, 2000, p. 386-387)

Para Virgílio Afonso da Silva, o princípio da proporcionalidade, por ser uma regra de interpretação de aplicação do direito, deve ser empregada em casos no qual o poder estatal restringe a aplicação de outros direitos fundamentais, em prol de um interesse coletivo. Seu objetivo é, de fato, “fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições” (SILVA, 2002, p. 24).

O princípio da razoabilidade é um universo mais amplo, um conjunto de possibilidades maior, no entanto, entre todas as respostas razoáveis para qualquer problema

apenas uma é proporcional, demonstrando que o princípio da proporcionalidade está contido no princípio da razoabilidade, como um subconjunto no sentido matemático (GUERRA FILHO, 2009, pp. 170-171).

O razoável, tolerável, ponderado, prudente para o homem mediano ou homem de senso comum que consagra o princípio da razoabilidade pela idéia dos atos socialmente aceitáveis não necessariamente se iguala a idéia de proporcionalidade. (BRAGA, 2004)

Razoabilidade é o termo empregado pelos juristas estadunidenses que transmite a idéia de lógico, admissível, adequado, prudente ou moderado. A Fundação Getúlio Vargas em seu dicionário de Ciências Sociais explica que a razoabilidade é a dedução racional que formula conclusão verdadeira de premissas apresentadas ou em outras palavras é uma conclusão válida para fenômenos empíricos previamente estabelecidos. (BARROS, 2003)

Portanto, não são fungíveis os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, porque em suma a razoabilidade não contém em si subprincípios necessários à formação do princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade consubstancia-se muito mais complexa que o mero senso comum, racionalidade ou adequação mediana transmitida pelo princípio da razoabilidade (ARAÚJO, 2009, pp. 223-225).

O Supremo Tribunal Federal utiliza bastante a razoabilidade com o intuito de transmitir a idéia de articulação ou harmonia entre meios e fins. Em especial o Ministro Marco Aurélio refere-se ao princípio da razoabilidade no momento de expressar racionalidade ou moderação. (BARROS, 2003)

2.2 Elementos constitutivos

A concepção estrutural criada pela doutrina alemã divide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios ou elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Deste modo, é indispensável a presença dos três elementos ou subprincípios ao alcance da consistência necessária à formação do princípio da proporcionalidade, sentido lato sensu (BARROS, 2003).

2.2.1 Subprincípio da Adequação ou Pertinência

O primeiro subprincípio necessário à formação do princípio da proporcionalidade é a adequação ou pertinência que expressa se o meio utilizado foi correto para o alcance do fim almejado, ou seja, se o meio é apto, apropriado, idôneo ou válido para atingir a meta (ALCÂNTARA, 2010, pp. 72-93).

Sem a exigência de total aptidão do meio empregado, o subprincípio em análise como primeira avaliação não exige encadeamento total entre o meio e resultado, de modo que, apenas se considerado totalmente inútil o ato será excluído em razão de inadequação. Se existir a mera contribuição para o resultado almejado, a medida será suficiente para passar pelo exame de adequação conforme apresentado (BARROS, 2003).

A análise da adequação verifica o cabimento da intervenção em três aspectos: intensidade, qualidade e certeza de que o ato promoverá respectivamente: mais, melhor e provavelmente o fim pleiteado em face de outros possíveis (AZEVEDO, 2009, pp. 97-138).

A inaptidão do meio escolhido para o alcance da finalidade perseguida demonstra violação aos direitos fundamentais, pois qualquer que seja a imposição que não traduza meio apto a consecução da finalidade é excessiva, abusiva e inconstitucional (BARROS, 2003).

Há também o questionamento das dimensões sob três aspectos: abstração, generalidade e antecedência da medida cujo ato deve conformar o objetivo respectivamente: de modo ideal, na maioria das vezes observadas ou geralmente e com tempo suficiente para ser causador direto dos objetivos perseguidos (AZEVEDO, 2009, pp. 97-138).

O juízo de inadequação do ato também não pode ser justificado quando o legislador se equivocar em seu prognóstico, pois a análise deve ser aferida com base no momento de edição da norma, ou seja, se na conjectura de tomada da decisão do legislador a via utilizada era apropriada ao fim proposto, mesmo que posteriormente verifique-se consequências indesejadas e a não realização dos objetivos por erro nas previsões do legislador idealizador (BARROS, 2003).

2.2.2 Subprincípio da Necessidade ou Exigibilidade

A necessidade ou exigibilidade é o segundo subprincípio e transmite a idéia de escolha menos gravosa do meio, ou seja, se o meio utilizado é aquele que fere em menor proporção as liberdades individuais concedidas pela Constituição. Em outras palavras, o meio que possui a menor interferência possível, ou a menor inconveniência ao cidadão. Este subprincípio divide-se ainda em quatro elementos: exigibilidade material, espacial, temporal e pessoal. A material determina que a via seja aquela que menos limite direitos fundamentais ou garantias constitucionais. A espacial determina que a restrição seja a menor possível a consecução do objetivo. A temporal institui que o tempo de utilização da medida coativa seja apenas o necessário para o alcance do propósito. E, por último, a exigibilidade pessoal estabelece limitação quanto ao grupo a que se destina, sem o sacrifício de terceiros (ALCÂNTARA, 2010, pp. 97-138).

Basicamente, o subprincípio da necessidade analisa se o ato consubstanciava-se indispensável e não poderia ser substituído por outro de igual eficácia e menores restrições. Dentro do universo de possibilidades à consecução de determinado objetivo, apenas alguns meios serão exigíveis ou necessários em razão de possuírem menor onerosidade a direitos (BARROS, 2003).

O subprincípio da adequação forma o universo de possibilidade onde todos os meios possivelmente alcançam determinada meta procurada. O subprincípio da necessidade indica dentro deste universo as possibilidades aceitáveis, pois entre todas as existentes, aquelas que restringem em menor medida as liberdades, direitos e garantias constitucionais concedidas originariamente (ARAÚJO, 2009, pp. 223-225).

A conclusão é que a necessidade traz consigo implícita a adequação, pois o necessário tem que ser adequado, já o adequado pode ou não ser necessário (BARROS, 2003).

2.2.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

O último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito que reúne os interesses em disputa, indicando qual é o correto para o deslinde da questão (CARDOSO, 2009, pp. 64-65).

No momento de escolha, significa a otimização das possibilidades jurídicas e escolha do meio mais benigno. De outro modo, é a via menos prejudicial ao indivíduo e a coletividade, cujas vantagens superem os inconvenientes ou a máxima do meio mais suave (ARAUJO, 2009, pp. 223-225).

A diferença entre o subprincípio da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito reside na análise das possibilidades, quanto a uma característica essencial. A necessidade analisa as possibilidades fáticas e a proporcionalidade em sentido estrito as possibilidades jurídicas. Assim, proporcionalidade em sentido estrito é a busca pelo meio mais vantajoso, mais razoável, aquele demonstre justa medida e a ponderação das possibilidades jurídicas colidentes (ALCÂNTARA, 2010, pp. 97-138).

Em outras palavras, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se consubstancia no equilíbrio dos objetivos buscados pelo legislador e o sentido da intervenção para os cidadãos atingidos, sem primazia de um sobre o outro (MENDES, 2002, pp. 246-275).

Determina o referido subprincípio que o operador deve utilizar os meios jurídicos proporcionais à situação fática, de modo que proporcionalidade significa pesagem, ponderação da intensidade do praticado, onde de um lado está o interesse privado e de outro o interesse público (IZANIAWSKI, 2000, pp. 19-29).

A proporcionalidade em *strictu sensu* fecha a idéia de proporcionalidade guardando a idéia de justa medida fática e jurídica. Um ato pode ser apto a buscar o fim, pode ser necessário, pois não há outro menos gravoso, no entanto se é desproporcional causando sobrecarga aos atingidos viola o equilíbrio entre valores e bens (BARROS, 2003).

Em resumo, apesar de aceitar que a medida adéqua a restrição ao objetivo e que inexistente ato que produza o mesmo resultado por meio menos gravoso, sendo portanto necessário, conclui-se pela desnecessidade da providência, pois há um bem juridicamente

mais valioso sendo violado em prol de um bem jurídico menos importante (ALCÂNTARA, 2010, pp. 97-138).

Na análise do ato, que se propõe a garantir algum direito em prol de outro, deve-se observar a afetação reflexa e nesta colisão dos direitos aquele juridicamente mais relevante. Se o mais importante é aquele que foi restringido o judiciário deve inviabilizar sua aplicação ao caso concreto sob julgamento (BARROS, 2003).

O subprincípio da necessidade pondera a utilização das possibilidades fáticas enquanto o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito analisa as possibilidades jurídicas com juízo de valoração dos bens em questão, visto que, é importante ponderar dentre os direitos a que o cidadão será privado aquele mais valioso (AZEVEDO, 2009, pp. 97-138).

A materialização da proporcionalidade em sentido estrito significa a divisão proporcional do ônus social, devendo lembrar-se que apesar do ato legislativo, em tese, ressaltar qual direito teve preeminência, no caso concreto deve haver a ponderação dos bens jurídicos. Já que, podem ter sido afetados outros direitos fundamentais mais importantes na lide que tornariam o ato legislativo inaplicável ao julgamento sob ótica (ALCÂNTARA, 2010 pp. 97-138).

O Tribunal Constitucional alemão auxilia o entendimento deste subprincípio da proporcionalidade com ideias objetivas de justa medida quando em debate estiver direitos fundamentais por três critérios objetivos. O primeiro é que quanto mais relevante a intromissão nos interesses individuais, maior será o interesse social na questão. O segundo critério afirma que justifica-se interferências maiores quanto maior for o interesse geral. Por último, o critério que estabelece que os direitos fundamentais organizam-se numa escala de valores jurídicos que auxiliam o aplicador do direito no momento de analisar a justa medida (BARROS, 2003).

2.3 Aplicação prática

Observado de maneira ampla, o princípio da proporcionalidade tenta estabelecer a relação entre meio e fim do ato jurídico em análise, seja ele uma norma ou uma lide judicial. O aludido mandamento otimiza as possibilidades fáticas e jurídicas concretizando bens, valores e normas no intuito de solucionar conflitos e limitando tanto ao excesso quanto a deficiência do ato analisado (ALCÂNTARA, 2010, pp. 97-138).

Quanto a atos legislativos inconstitucionais, somente devem ser assim declarados quando a providência for totalmente inadequada ao fim almejado, em casos raros e especiais mediante cautela do tribunal competente, pois os atos legislativos tem índole política, econômica e social. Intervenções constantes do Poder Judiciário violariam a divisão dos poderes. Ademais, a fórmula legislativa não possui valoração definitiva de todas as circunstâncias ou possibilidades de hipótese de aplicação, sendo em sua grande maioria normas abertas, abstratas e gerais, no qual a dúvida ou controvérsia quanto à possível violação do princípio da proporcionalidade surgirá em sua aplicação e para alguns restritos casos concretos (MENDES, 2002, pp. 246-275).

O risco do subjetivismo em excesso pela utilização exagerada do princípio da proporcionalidade acaba levando a violação de outros princípios, de modo que só deve ser utilizado em casos concretos especiais, quando imprescindível para proteção do equilíbrio de valores fundamentais em conflito (IZANIAWSKI, 2000, pp. 19-29).

No Direito Penal se encontra o mais vasto campo de aplicação do princípio da proporcionalidade quando na adequação da penalidade com o ato praticado pelo autor do tipo penal violado (ALCÂNTARA, 2010 pp. 97-138).

Vale ressaltar, que nem sempre o juiz na análise do caso concreto utiliza-se deste raciocínio concatenado acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade em todos os seus parâmetros estabelecidos pela doutrina: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O que acontece grande parte das vezes é um teste de racionalidade ou razoabilidade empregando-se o princípio da proporcionalidade contra hipóteses manifestamente irracionais ou ilógicas (FELDENS, 2005).

2.4 Direito Penal e o princípio da proporcionalidade

O Direito Penal vai ganhando cada vez mais força com o aumento da criminalidade nas grandes metrópoles, e o Estado no impulso de garantir a segurança dos cidadãos começa a aumentar a intervenção penal na sociedade. Esse limiar tênue entre garantias e direitos de liberdade estabelecidos pela Carta Constitucional e a otimização da segurança com a devida criminalização de ações criminosas se torna viável através da utilização do princípio da proporcionalidade (NEUMANN, 2008, pp. 205-232).

Neste passo, partindo do início, momento de edição do tipo penal, deve o legislador observar as três facetas do princípio da proporcionalidade. Sob o crivo penal somente devem ser protegidos bens jurídicos relevantes observada a adequação a tutelar o bem jurídico, ou seja, o tipo deve censurar a conduta que se quer reprimir. Superada a adequação, passa-se a necessidade e na seara penal, pelas suas características drásticas, deve-se configurar a chamada *ultima ratio*, quando outras formas de contenção do ato praticado forem insuficientes e não existir outro modo de repressão válido. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito onde as vantagens superem as desvantagens da criação do tipo penal criminalizante da conduta. Nesse sentido, o estabelecimento da sanção para o ato criminoso tipificado deve ser mais vantajoso para o Estado e a sociedade, sem levar em conta a controvérsia sobre a preservação da paz através da coibição, que a abolição da liberdade individual respectiva (ARAUJO, 2009, pp. 223-225).

Outrossim, quanto à edição da norma penal é importante diferenciar o valor do bem jurídico protegido do desvalor da conduta praticada. No momento de criação do tipo deve o legislador estabelecer a sanção de modo proporcional onde há de um lado a hierarquia dos bens jurídicos tutelados e do outro a hierarquia das modalidades de conduta, utilizando-se de níveis diferentes de punição em relação à gravidade da conduta e também quanto à importância do bem tutelado. Assim, a lesão a bens jurídicos mais relevantes e as ações ofensivas mais graves devem possuir as piores penalidades hierarquicamente estabelecidas no Direito Penal de modo razoável e sobretudo proporcional (GOMES, 2003).

Logo, a medida da pena estabelecida nos limites mínimo e máximo deve observar o princípio da proporcionalidade em relação ao escopo de todo o Código Penal, apesar de a rigor, não existir critérios imparciais de estabelecimento desses valores (ARAUJO, 2009, pp. 223-225).

Superada a legislação, passa-se à análise do ato criminoso pelo Poder Judiciário que julgará observando também o princípio da proporcionalidade, em face do caso concreto e analisando: a culpabilidade do agente, a hierarquia do bem lesionado, o modo de agressão ou desvalor da conduta praticada, dosagem da pena, entre muitos outros. Em suma, a maior responsabilidade recai ao Judiciário, pois o sistema normativo possui apenas diretrizes e regras cabendo ao juiz aplicar ou não o princípio da proporcionalidade ao caso (AZEVEDO, 2009, pp. 97-138).

Além disso, perquirir ônus desnecessário ao indivíduo significa violar direitos constitucionais, o princípio da proporcionalidade é instrumento limitador do poder de intervenção estatal no âmbito do direito penal e o juiz pode utilizá-lo sempre que estiver ameaçada a liberdade, seja de modo qualitativo ou quantitativo através do denominado princípio da “proibição de excesso” (NEUMANN, 2008, pp. 205-232).

3. EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste último capítulo, tratar-se-á da análise de julgados que abordaram a possibilidades de aplicação do princípio da proporcionalidade a determinados casos concretos de furto de objetos no interior de veículo automotor no intuito de retirar a qualificadora de rompimento ou destruição de obstáculo punindo o autor por furto na modalidade simples. Em linhas gerais, este capítulo mostrará a divergência jurisprudencial que existia acerca do tema, por meio dos entendimentos opostos da Quinta e da Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, bem como a pacificação efetuada pela Terceira Seção do mesmo Tribunal e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

3.1 Posicionamento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça

Preliminarmente, vale ressaltar que todos os acórdãos da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça pesquisados e analisados possuem entendimento no sentido da aplicação da qualificadora da destruição ou rompimento de obstáculo indicada no Código Penal pelo inciso I, parágrafo 4º do artigo 155 nos casos de furto de acessórios de veículo automotor ou de bens furtados no interior de veículo automotor.

Em que pese, no informativo editado pela Quinta Turma, o Ministro Relator Felix Fischer menciona a possibilidade de mudança de posicionamento quanto ao caso da qualificadora sob ótica. No julgamento do Habeas Corpus n. 127.464-MG¹⁰, expõe o posicionamento da Turma pela aplicação da qualificadora, fazendo, no entanto, uma ressalva em seu voto argumentando que a dogmática jurídica exige observação do princípio da não contradição.

A par disso, selecionados cinco relevantes acórdãos da Quinta Turma, impõe-se seu estudo. A seguir: HC n. 108.599-DF, HC n. 172.548-SP, HC n. 172.640-DF, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 165.528-DF e HC n. 215.556-SP.

¹⁰ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 127.464-MG. Brasília, 31 de agosto de 2009. Julgado em 5 mai. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT_A&sequencial=878673&num_registro=200900181094&data=20090831&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

Sob análise, o HC n. 108.599-DF¹¹, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, unânime pela denegação da ordem e manutenção da qualificadora do furto, com voto vogal os ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Estevez Lima e Napoleão Nunes Maia Filho.

No caso em apreço o Réu J. C. M. foi condenado a 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão em regime inicial aberto e pagamento de 8 (oito) dias-multa pela prática de furto qualificado, pois destruiu com um bloco de concreto a janela de um veículo Kadet/GM para subtrair um aparelho de CD instalado no painel do veículo. A defesa do Réu solicitou exclusão da qualificadora por violação ao princípio da proporcionalidade, já que, o obstáculo é intrínseco a coisa furtada e seria um absurdo a punição maior ao agente que furta acessório em comparação com agente que furta o próprio veículo.

O Ministro Relator Jorge Mussi em seu voto, que foi acompanhado unanimemente, negou provimento ao habeas corpus citando a sentença cujo magistrado singular afirmou que o furto de acessórios ou do próprio veículo evidencia modalidade qualificada do tipo penal e qualquer outro raciocínio significaria negar aplicação da lei. Citou também em seu voto, passagem cujo tribunal estadual explica que a vítima suporta muitas vezes prejuízos maiores que o valor do objeto do furto pela danificação do veículo em sua borracha de vedação, encaixe do vidro, instalação elétrica e outros; além de que, a punição estabelecida pelo tipo qualificado levaria em consideração o desvalor da conduta e a intensidade do dolo, cujo agente apesar da dificuldade destrói o obstáculo revelando maior periculosidade do autor.

O Ministro, desse modo, desconsiderou a incidência do princípio da proporcionalidade que, conforme explicitado no capítulo anterior, trata-se de regra, cuja aplicação é imprescindível no ordenamento jurídico pátrio. Assim, ao afirmar que outro raciocínio negaria a aplicação da lei, o Ministro nega, em fato, a aplicação da Constituição. Ademais, comparar o prejuízos sofridos pela vítima ao ter seu aparelho de som furtado com a ter seu veículo roubado soa absurdo. Por fim, é inconcebível argumentar que o desvalor da conduta e a intensidade do dolo daquele que furta o som é maior do que aquele que furta o veículo. Ora, o obstáculo vidro é destruído em ambos os casos e a dificuldade de se furtar um automóvel é muito maior do que furtar o som, vez que necessita de habilidade eletrônicas.

¹¹ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 108.599/DF. Brasília, 12 de abril de 2010. Julgado em 18 mar. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT_A&sequencial=954569&num_registro=200801298910&data=20100412&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

Outro caso análogo foi do HC n. 172.548-SP¹², no qual o Ministro Relator Gilson Dipp foi acompanhado pelos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Laurita Vaz e Jorge Mussi, denegando a retirada da qualificadora.

Neste caso, o Réu E. P. S. foi condenado como incurso no crime de furto qualificado a 2 (dois) anos de pena em regime inicialmente aberto e houve a conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos. A defesa solicitou a retirada da qualificadora, pois o vidro do veículo não configura obstáculo que torne mais difícil a subtração, ou seja, o vidro não é meio de defesa, mas apenas um adereço da constituição do bem, não trazendo qualquer impedimento da entrada do agente no veículo, e, sendo assim, incompatível com a ideia de obstáculo traçada pela lei. O Ministro Relator apenas afirmou que a aplicação da qualificadora está de acordo com entendimento da Corte e colacionou jurisprudência da Quinta Turma.

Neste mesmo sentido o HC n. 172.640-DF¹³, sob relatoria da Ministra Laurita Vaz denegou retirada da qualificadora e foi acompanhada por unanimidade pelos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu.

G. H. O. foi condenado como incurso no crime de furto qualificado a pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa e efetivada a substituição de pena. A defesa pugnou a exclusão da qualificadora que foi rechaçada pelo voto da Ministra Relatora. No voto, a Ministra afirma inclusive que o rompimento dos vidros e portas para subtração do aparelho de som resulta em furto qualificado, o que não se configuraria se o furto fosse do veículo automotor em si, mais uma vez desconsiderando o princípio da proporcionalidade.

Seguindo a mesma linha, o quarto caso trata de Agravo Regimental em Recurso Especial n. 165.528-DF¹⁴, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze e seguido unânime pela denegação da ordem pelos Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi.

¹² Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 172.548/SP. Brasília, 13 de dezembro de 2010. Julgado em 2 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT_A&sequencial=1027319&num_registro=201000872052&data=20101213&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016

¹³ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 172.640/DF. Brasília, 1º de junho de 2011. Julgado em 17 mai. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT_A&sequencial=1060803&num_registro=201000875413&data=20110601&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

¹⁴ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 165.528/DF. Brasília, 9 de outubro de 2012. Julgado em 28 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT_A&sequencial=1173715&num_registro=201200851045&data=20121009&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

O recurso do Réu R. A. S. pediu apenas a retirada da qualificadora, visto que a Sexta Turma em casos semelhantes aplicara o tipo penal na modalidade simples do caput do artigo 155. O voto exarado pelo Ministro Relator informou apenas que a aplicação da qualificadora está em conformidade com entendimento da Quinta Turma e que este mesmo entendimento é compatível com o do Supremo Tribunal Federal, não analisando de forma detalhada as alegações da defesa.

O quinto e último caso analisado da Quinta Turma foi publicado um dia antes do embargos de divergência que uniformizou a jurisprudência quanto ao tema. Apesar da Ministra Relatora não ter participado do julgamento emblemático da Terceira Seção, votou conforme entendimento majoritário.

Em suma, o HC n. 215.556-SP¹⁵, sob relatoria da Ministra Laurita Vaz e na condição de voto vogal os Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques e Marilza Maynard por unanimidade denegou a ordem de desqualificar a conduta de furto de um aparelho de CD.

A defesa do Réu W. C., condenado a 2 (dois) anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 10 (dez) dias multa, pugnava pela retirada da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo por ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que é desproporcional punir mais rigorosamente autor que furta objetos no interior de veículo e menos severamente aquele que subtrai o veículo em si, ato mais reprovável. O voto da Ministra Relatora explicou que é jurisprudência pacífica da Quinta Turma qualificar conduta de furto em interior de veículo nos termos do artigo 155, parágrafo 4º, inciso I e colacionou precedentes da Quinta Turma e Supremo Tribunal Federal.

Convém ressaltar, tratando-se da análise intrínseca do princípio da proporcionalidade, em especial, seus subprincípios elementares, que os acórdãos estudados não explicitaram argumentos quanto a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da posição adotada. Assim, é possível inferir que nos julgados não foi observada sua ideal aplicação. Os votos dos Ministros da Quinta Turma restringiram-se a afirmar que não é aplicável o princípio da proporcionalidade para retirar a qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo quando o autor furtar objetos em interior de veículo.

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 215.556/SP. Brasília, 4 de setembro de 2013. Julgado em 27 ago. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT_A&sequencial=1258837&num_registro=201101899938&data=20130904&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

3.2 Posicionamento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça sofreu duas mudanças de entendimento a respeito do tema nos últimos anos, como será demonstrado a seguir com as decisões analisadas.

Em primeiro lugar, o entendimento era pela aplicação da qualificadora do furto em pacífica comunhão com a jurisprudência da Quinta Turma. Escolhidos dois julgados para análise, Agravo Regimental em Recurso Especial n. 983.291-RS e Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.036.475-RS.

Contudo, em 2010 o Ministro Nilson Naves em julgamento paradigmático inaugurou a mudança de entendimento da Sexta Turma através do HC n. 152.833-SP, que inclusive serviu de base para edição do informativo 429 do Superior Tribunal de Justiça.

Seguiu-se então o posicionamento acertado da Sexta Turma de que o furto no interior de veículo deveria configurar o tipo penal na modalidade simples por afronta ao princípio da proporcionalidade. Cinco acórdãos sob análise entre 2010 e 2013 que expressam o referido entendimento neste sentido: HC n. 152.833- SP, Agravo Regimental em Recurso Especial n. 922.395-SP, Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.079.847-SP, HC n. 153.472-SP e Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.228.072-RS.

Não obstante isso, antes do julgamento proferido pela Terceira Seção que pacificou o tema, houve um julgamento da Sexta Turma no HC n. 255.997-SP sob relatoria da Ministra Alderita Ramos de Oliveira, Desembargadora convocada do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que decidiu pela qualificação da conduta e mudando novamente o entendimento da Sexta Turma. O referido julgado será o oitavo caso analisado.

Assim, iniciando estudo pelos dois julgados que qualificam, sob análise o Agravo Regimental em Recurso Especial n. 983.291-RS¹⁶, de relatoria do Ministro Paulo Gallotti que negou provimento ao agravo por unanimidade, sendo voto vogal os Ministros Hamilton Carvalhido, Nilson Naves, Jane Silva e Maria Thereza de Assis Moura.

¹⁶ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 983.291/RS. Brasília, 16 de junho de 2008. Julgado em 27 mai. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT&sequencial=787389&num_registro=200702165630&data=20080616&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

No caso em tela a defesa do Réu J. C. C. O. J. sustentou que o arrombamento do veículo com fins de furto de objetos em seu interior não pode ser considerado mais grave que o furto do próprio veículo. O Ministro Relator em seu voto afirmou que a qualificadora aplicada estava de acordo com entendimento do tribunal e citou Fernando Capez que em seu livro explica que para configurar obstáculo o impedimento não pode ser parte inerente ao objeto do furto, mais uma vez ignorando o princípio da proporcionalidade.

Cabe ressaltar que o som automotor é objeto do automóvel, no sentido de que dele faz parte. Tanto que, ao preencher o relatório do seguro de veículos, menciona-se a existência de som que, em caso de furto, será pela seguradora indenizado. Desse modo, o vidro é obstáculo inerente à coisa, ao automóvel, assim como o aparelho de som.

Outro julgado que qualificou o furto é o Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.036.475-RS¹⁷, de relatoria da Ministra Jane Silva, Desembargadora convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que por unanimidade negou seguimento ao agravo seguida pelos Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura.

Em suma a defesa do Réu R. F. S. solicitou a desqualificação do furto, visto que, a manutenção da qualificadora afronta o princípio da proporcionalidade quando confrontado com o furto do carro que consubstancia furto na modalidade simples. A Ministra Relatora descartou violação ao princípio mencionado, sem qualquer análise dos elementos desse princípio e da sua incidência, e afirmou que a manutenção da qualificadora é posicionamento costumeiro da Corte.

O terceiro caso, paradigmático, consubstancia a mudança de entendimento da Sexta Turma, HC n. 152.833-SP¹⁸, Relator Ministro Nilson Naves, e seguido apenas pelos Ministros Celso Limongi, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes, sendo voto vencido o Ministro Haroldo Rodrigues, Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Ceará.

O Réu B. S. S. A. subtraiu frente de aparelho de CD de veículo Celta/GM e sua defesa no habeas corpus pugnou pelo restabelecimento da sentença que não incluía punição

¹⁷ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1.036.475/RS. Brasília, 3 de novembro de 2008. Julgado em 14 out. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=828101&num_registro=200800477256&data=20081103&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

¹⁸ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 152.833/SP. Brasília, 20 de setembro de 2010. Julgamento em 5 abr. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=957963&num_registro=200902188536&data=20100920&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

caracterizada pela qualificadora da destruição ou rompimento de obstáculo nos termos do inciso I, parágrafo 4º do tipo penal incurso. O Ministro Relator explicou que não deveria receber maior reprovação furto de acessório comparada a hipótese abstratamente mais grave que seria o furto do próprio veículo, observando a aplicação do princípio da proporcionalidade. Afirmou, ainda, que a porta ou vidro do veículo não possui finalidade de impedir crime, e, portanto, não pode ser considerada obstáculo. Para concluir, citou ensinamento de Damásio para defender a individualização da pena. O Ministro Haroldo Rodrigues, divergiu afirmando que o autor teve que romper obstáculo para alcançar a *res furtiva* e que deveria vigorar a qualificadora.

O voto acertado do Ministro Relator traz dois importantes argumentos: a incidência do princípio da proporcionalidade para a graduação de penas, de forma que os delitos mais gravosos devem ser mais onerosamente apenados, e a inexistência de quebra de obstáculo ao romper o vidro automotor, vez que se trata de mero elemento constitutivo do veículo, que não possui pretensão de protegê-lo de furto, somente bloquear o fluxo de vento.

O julgado acima mencionado foi parte integrante do informativo 429 do Superior Tribunal de Justiça do período de 5 a 9 de abril de 2010, que em sua página 10, mudou o entendimento da Sexta Turma, para que, no caso de furto em interior de veículo, vigorasse punição no sentido de não qualificar a conduta por ofensa ao princípio da proporcionalidade.

A saber, após o paradigmático julgamento de Relatoria do Ministro Nilson Naves acima analisado a Sexta Turma passou a citá-lo como fundamento para retirar a incidência da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo nos termos dos próximos quatro julgados analisados.

O quarto acórdão, Agravo Regimental em Recurso Especial n. 922.395-SP¹⁹, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, foi unânime pela negativa de provimento do agravo e acompanhada pelos Ministros Og Fernandes e Celso Limongi. Neste caso o Ministério Público recorreu em desfavor do Réu C. A. S. F., afirmando que havia divergência no tribunal quanto à aplicação da qualificadora e pugnando pela aplicação da mesma. No

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 922.395/SP. Brasília, 21 de fevereiro de 2011. Julgado em 3 fev. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT&sequencial=1032723&num_registro=200700281396&data=20110221&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

entanto, a Ministra Relatora citando o julgado paradigmático e o informativo editado entendeu que a aplicação da qualificadora implicaria, corretamente, em inversão de valores.

Passando ao quinto caso, em estudo o Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.079.847-SP²⁰, sob relatoria do Ministro Og Fernandes e seguido unânime pela negativa de seguimento, como voto vogal os Ministros Sebastião Reis Junior, Alderita Ramos de Oliveira e Maria Thereza de Assis Moura. De igual forma, o Ministério Público recorreu em face do Réu W. V. A. alegando a divergência entre as Turmas e pugnando pela aplicação da qualificadora. O Ministro Relator citou os precedentes favoráveis à aplicação do princípio da proporcionalidade no sentido de desqualificar o crime de furto para modalidade simples.

Ainda neste mesmo posicionamento, o sexto julgado é o HC n. 153.472-SP²¹, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, unânime pelo conhecimento e afastamento da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo sendo voto vogal os Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis e Alderita Ramos de Oliveira. Neste caso a defesa do Réu F. L. R., condenado a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime inicial aberto e 11 (onze) dias multa e efetuada a substituição de pena pela prática do crime furto na modalidade qualificada pelo inciso I do parágrafo 4º do tipo penal pugnou pela aplicação do princípio da proporcionalidade no intuito de desqualificar a conduta praticada para furto na modalidade simples. A Ministra Relatora reconheceu a divergência entre as Turmas e reafirmou o posicionamento da Sexta Turma no sentido de considerar furto no interior de veículo como furto simples, concedendo a ordem no sentido de afastar a qualificadora.

O sétimo julgado analisado e último cuja qualificadora ainda foi afastada, dentre os analisados, diz respeito ao Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.228.072-RS²², sob relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, unânime pela negativa de provimento do agravo, votantes os Ministros Og Fernandes, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira e Maria Thereza de Assis Moura.

²⁰ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1.079.847/SP. Brasília, 6 de junho de 2012. Julgado em 19 mai. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT_A&sequencial=1151557&num_registro=200801710123&data=20120606&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

²¹ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 153.472/SP. Brasília, 29 de agosto de 2012. Julgado em 21 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT_A&sequencial=1170590&num_registro=200902221417&data=20120829&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

²² Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial 1.228.072/RS. Brasília, 22 de fevereiro de 2013. Julgado em 5 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IT_A&sequencial=1207451&num_registro=201100102062&data=20130222&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

Na mesma linha de raciocínio o Ministério Público recorreu em desfavor do Réu A. L. G. pugnando pela aplicação da qualificadora. O Ministro Relator citou os julgamentos da Sexta Turma favoráveis a tese de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em contraposição ao entendimento de desqualificar o recente julgado da Sexta Turma, oitavo e último caso analisado, o HC n. 255.997-SP²³ retoma o entendimento anterior da Sexta Turma no sentido de qualificar o crime de furto no interior de veículo. Sob relatoria da Ministra Alderita Ramos de Oliveira, Desembargadora convocada do Tribunal de Justiça de Pernambuco e unânime pelo não conhecimento, seguida pelos Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura.

No caso o Réu D. M. M. foi condenado a prática de furto qualificado pelo furto de um aparelho de CD de veículo Uno/Fiat. A defesa pugnou pelo afastamento da qualificadora alegando que o vidro do veículo não pode configurar obstáculo. No entanto, a Ministra Relatora colacionou julgado da Quinta Turma no sentido da possibilidade de qualificação da conduta e negou provimento ao habeas corpus, sem citar o princípio da proporcionalidade ou refutar a tese da defesa.

Da mesma sorte, os acórdãos estudados da Sexta Turma não fizeram explicitamente análise intrínseca do princípio da proporcionalidade, em especial, seus subprincípios elementares, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, utilizaram como paradigmas acórdãos fundamentados em doutrinadores clássicos, podendo-se afirmar que alguns julgados levaram em consideração a ideal aplicação do princípio da proporcionalidade. O sentido transmitido é a de comparação com a hipótese abstrata considerada mais nociva, o furto do veículo em si.

3.3 Posicionamento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça

Em virtude do antagonismo nas decisões em casos fáticos semelhantes de furto no interior de veículo, a Terceira Seção, que é o colegiado em matéria penal superior as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, pacificou o entendimento a respeito do tema em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.079.847-SP.

²³ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 255.997/SP. Brasília, 4 de abril de 2013. Julgado em 21 mar. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1220062&num_registro=201202097876&data=20130404&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

Sob relatoria do Ministro Jorge Mussi, entendeu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que qualificaria o crime de furto, o rompimento ou destruição dos adereços de veículo para subtrair acessórios ou objetos em seu interior e seria inaplicável ao caso o princípio da proporcionalidade para qualificar o furto para modalidade simples.

Esse embargos de divergência foi fruto de recurso sob o quinto caso analisado pelo subitem anterior 3.2 que tratou da jurisprudência da Sexta Turma, em sede de Agravo Regimental em Recurso Especial no. 1.079.847-SP²⁴.

Em 19 de março de 2006, o Réu V. V. A. furtou aparelho de CD de Hilux/Toyota mediante a quebra do vidro do referido veículo sendo condenado pela prática de furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo. Em sede de recurso foi retirada a qualificadora pelo Ministro Og Fernandes da Sexta Turma que aplicou o princípio da proporcionalidade considerando o furto na modalidade simples.

O Ministro Relator afirmou que o vidro não seria parte da *res furtiva*, aparelho de CD, o que qualificaria a conduta. Colacionou o Ministro Relator dois julgados do Supremo Tribunal Federal, 1ª e 2ª Turmas afirmando que cabe ao Supremo a proteção da Constituição e aplicação do constitucional princípio da proporcionalidade e que o entendimento do referido tribunal é de que não existiria qualquer violação ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no caso sob análise.

Assim, o Ministro Relator se furtou a analisar o tema detidamente e desconsiderou que a observância aos preceitos constitucionais é dever de todos e responsabilidade de todo o judiciário.

O Ministro Og Fernandes inaugurou a divergência alegando que o princípio da proporcionalidade veda punição superior à hipótese abstratamente mais grave cuja pena seja inferior. Afirmou que se o autor do crime tivesse furtado o veículo e não seu acessório seria punido por furto na modalidade simples e que não ignora os precedentes do Supremo Tribunal Federal, no entanto, entende que se existe interpretação dúbia, a melhor interpretação deve

²⁴ Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.079.847/SP. Brasília, 5 de setembro de 2013. Julgado em 22 mai. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1199177&num_registro=201201200364&data=20130905&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2016.

favorecer a Constituição em face de lei menor, no caso o Código Penal. O entendimento expressado foi seguido apenas pelo Ministro Sebastião Reis Júnior.

A Ministra Alderita Ramos de Oliveira fez apenas a consideração de que entende também qualificar o delito o furto mediante destruição ou rompimento dos vidros ou portas que leve a cabo o furto do veículo em si, visto que em sua concepção também será obstáculo parte integrante da *res furtiva* que dificulte sua subtração.

Ao ensejo, vencidos os Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior. Votaram com o Relator os Ministros Marco Aurélio Bellize, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira, Campos Marques e Marilza Maynard.

Impende observar que o tema a partir de 5 de setembro de 2013 foi pacificado no âmbito jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, sendo reproduzido em diversos julgados até então.

Não se pode perder de vista a análise intrínseca do princípio da proporcionalidade, que dá sentido ao presente trabalho. Mister se faz ressaltar que não existiu de modo explícito no embargos de divergência estudado menção aos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade, no sentido lato.

3.4 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal pronuncia sua concordância com a tese da Quinta Turma e Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. No HC n. 110.119-MG²⁵, Relator Ministro Dias Toffoli, afirmou que a destruição ou avaria de parte de veículo para objetivar sua entrada no mesmo e posterior furto de acessórios ou objetos protegidos pelo veículo qualificaria o furto conforme jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, não existindo qualquer violência a direitos e garantias fundamentais expressos pela Carta Constitucional, mas sem analisar os preceitos do princípio da proporcionalidade. Ainda, não adentrou à argumentação que desqualifica o vidro como obstáculo.

²⁵ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 110.119/MG. Brasília, 27 de fevereiro de 2012. Julgado em 13 dez. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1759747>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no HC n. 98.406-1-RS²⁶, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, firmou entendimento de que a punição qualificada do furto não diria respeito ao objeto patrimonial subtraído, mas ao poder de destruição perpetrado pelo autor, confirmando a aplicação da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo ao agente que furtar acessório de veículo ou de objetos seu em interior. Desse modo, ignorou que o poder de destruição está presente tanto no furto de veículos quanto no furto de objeto nele encontrado, vez que para ambos é necessário o rompimento do vidro. Além disso, se trata de crime contra o patrimônio que, conforme elencado no Capítulo 1, veio para proteger a propriedade privada, de modo que o caso narrado tem total ligação com o objeto patrimonial subtraído.

Registre-se ainda que, analisados os julgados do Supremo Tribunal Federal supracitados ou ainda acórdãos mais antigos do mesmo tribunal que trataram do mesmo tema, convém ressaltar o HC n. 98.606-RS²⁷ e o HC n. 95.351-4-RS²⁸, ambos da Primeira Turma, em nenhum dos casos houve explícita menção aos subprincípios ou elementos do princípio da proporcionalidade, de modo que ainda se aguarda posicionamento minucioso da Corte Suprema.

²⁶ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 98.406/RS. Brasília, 1o de julho de 2009. Julgado em 16 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=598746>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

²⁷ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 98.606/RS. Brasília, 28 de maio de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611753>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

²⁸ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95.351/RS. Brasília, 7 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559891>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta monografia trata da aplicação do princípio da proporcionalidade para retirar a qualificadora de rompimento ou destruição de obstáculo, especificamente, no crime de furto em interior de veículo. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça inaugurou o entendimento, defendido nesse trabalho, que considera contrassenso punir com mais rigor crime menos grave, em vista de agente que praticasse furto do veículo em si, hipótese mais grave e punível como furto na modalidade simples.

O primeiro capítulo tratou do furto, descrevendo conforme entendimento doutrinário o sentido dos termos utilizados pelo legislador no momento de edição do tipo penal, em especial as palavras: “subtrair”, “coisa”, “alheia” e “móvel” em todos os aspectos importantes e também da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo que é ponto basilar da situação em estudo.

Após, o segundo capítulo apresentou o princípio da proporcionalidade, conceitos, diferenciação com o princípio da razoabilidade, elementos constitutivos e finalizando com a aplicação no Direito Penal.

O último capítulo explicou a evolução jurisprudencial do tema tratado por meio de julgados da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça. Demonstrou também o embargos de divergência julgado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que pacificou o entendimento sobre o tema. Por último, foi analisada posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Posto isso, volta-se a atenção para a situação-problema outrora apresentada: a aplicação da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo no caso de furto de acessórios ou objetos em interior de veículo automotor respeita o princípio da proporcionalidade?

Com a devida vênia, ao considerar vidro como obstáculo, as interpretações doutrinária e jurisprudencial ofendem diretamente o princípio da proporcionalidade.

A pena mais grave não pode ser cominada àquele que, ao quebrar o vidro, subtrai somente o aparelho de som. A pena mais grave, se aplicável, deve ser prevista para a hipótese

mais grave em abstrato, ou seja: quando o agente furtar o automóvel. Portanto, inconstitucional a aplicação da pena cominada ao furto qualificado.

É certo que a construção dos conceitos dogmáticos não deve incorporar metodologicamente os dados da realidade, mas isso não autoriza romper com a realidade. O saber penal tem uma finalidade prática, isto é, ele atua no mundo dos fatos. Não é um saber pelo saber. Por isso, a dogmática jurídica moderna deve incorporar os dados da realidade sempre que dela notoriamente se separar, sob pena de afetar a segurança jurídica mediante um permanente descrédito do direito.

Notoriamente, vidro não é utilizado como obstáculo. Trata-se de coisa quebradiça, frágil, que no mundo dos fatos não impede furto nenhum e nem é utilizada com essa finalidade. Tanto que, no questionário de risco do seguro de carro, não se responde que a janela, em si, possui dispositivo de segurança contra furto consistente nos vidros do automóvel.

Conjugando, então, dogmática com realidade, na solução do problema jurídico proposto no início, deve-se observar a realidade que não utiliza vidro como obstáculo à subtração de coisa alguma, principalmente em automóvel.

Assim, observando a realidade que a dogmática visa disciplinar, ao quebrar o vidro do automóvel subtraindo apenas o aparelho de som nele instalado, o sujeito realiza a conduta típica prevista no art. 155, caput, do Código Penal, porque vidro não é obstáculo à subtração da coisa.

Além disso, da perspectiva do desvalor da conduta e da intensidade do dolo, é notório que o agente, ao furtar o veículo, demonstra maior descaso e periculosidade do que aquele que furta, somente, o aparelho de som. Em ambos os casos, se requer o rompimento do vidro, mas é inegável que a dificuldade em se furtar um automóvel, o que requer habilidades eletrônicas, é imensamente superior do que se furtar o som.

Ainda, o vidro é inerente a coisa furtiva em ambas as hipóteses. Isso porque o som automotor é objeto inerente ao automóvel, no sentido de que dele faz parte, de que ele constitui, sendo até mesmo indenizado pela seguradora do veículo em caso de furto.

Segue, agora, a análise apartada de cada elemento do princípio da proporcionalidade no caso concreto de furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo em crime cuja *res furtiva* se encontre no interior de veículo automotor.

Quanto à adequação, é um meio apto à finalidade proposta, pois protege o bem jurídico e estabelece critério de desvalor da conduta. Nestes termos, a qualificadora é adequada, pois cria hierarquia de conduta considerada mais reprovável. Contudo, esse critério deve ser utilizado também para a incidência da qualificadora no caso concreto. Desse modo, a conduta mais reprovável seria, no presente caso, o furto do veículo em si e não o furto de coisa encontrada no interior do automóvel.

O segundo subprincípio é o da necessidade, que não é configurada no caso narrado, porque há outra medida menos gravosa a impor-se ao autor. No caso, a compreensão do furto da coisa dentro do veículo como sendo furto simples é medida menos gravosa caso seja considerado furto qualificado.

E finalmente, pode-se vislumbrar no entendimento do Superior Tribunal de Justiça a falta da proporcionalidade em sentido estrito, pois esse subprincípio determina, justamente, a proporcionalidade da aplicação de penas, isto é, que exista uma escala punitiva proporcional. Não o cumpre, desse modo, situação mais leve sendo punida mais gravosamente que a hipótese mais gravosa.

Assim, se o julgador considera o furto do carro em si como simples e o furto do acessório como qualificado, está incorrendo em ofensa à Constituição da República. Outra interpretação significaria apagar a letra constitucional e conseqüentemente negar sua hierarquia no ordenamento jurídico pátrio.

Em conclusão, a aplicação da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo no caso de furto de acessórios ou objetos em interior de veículo automotor desrespeita o princípio da proporcionalidade, pois está em divergência com seus elementos constitutivos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. Princípios da proporcionalidade, da ponderação e da concordância prática: semelhanças e distinções. *Revista de Direito Privado*, ano 11, n. 43, p. 72-93, jul./set. 2010.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

ARAUJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 405, ano 105, p. 223-255, set./out. 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf> Acesso em 01 de jul. 2016.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 97-138, jun. 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BATISTA, Weber Martins. *O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal: Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

CARDOSO, Rafael Bezerra. O princípio da proporcionalidade na CF/88. Revista Jurídica Consulex, ano XIII, n. 297, p. 64-65, maio 2009.

CARVALHO, Luiz Penteadado de. Furto, Roubo e Latrocínio: Doutrina, Legislação, Jurisprudência, Prática. 5. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradutor Nelson Boeira, coleção Justiça e direito.

FELDENS, Luciano. A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Dos Crimes Contra o Patrimônio: 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v. 3.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noção Essencial do Princípio da Proporcionalidade. Ciência Jurídica, ano XXIII, n. 148, p. 170-189, jul./ago. 2009.

IZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Porto Alegre, v. 33, ano 32, p. 19-29, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal: Parte especial, dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. O princípio da proporcionalidade. In: _____. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Cap. 3. p. 246-275.

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 71, p. 205-232, mar./abr. 2008.

NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal: Dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte geral, parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PARIZATTO, João Roberto. *Dos Crimes Contra o Patrimônio*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Furto, Roubo e Receptação: indagações, doutrina, jurisprudência, prática*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SLERCA, Eduardo. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, abr. 2002.