

PENAL - REFORMATIO IN MELIUS - RECURSO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO - POSSIBILIDADE - FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES - VIOLAÇÃO DO ART. 155, § 4º, INC. IV, DO CÓDIGO PENAL RECONHECIDA - APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA PARA O ROUBO PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTES - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL - PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - ATENUANTES - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 231 DO STJ - RECURSO PROVIDO

1. A mais recente jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o art. 617 do CPP proíbe, apenas, a *reformatio in pejus*, não havendo nenhuma vedação à *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação, uma vez que este devolve toda a matéria ao Tribunal.
2. O estatuto repressivo prevê como qualificado o furto cometido por dois ou mais agentes, estabelecendo no § 4º do art. 155 do Código Penal a pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos como limite à resposta penal.
3. Assim, fere o referido dispositivo legal o *decisum* que, em nome dos princípios da proporcionalidade e da isonomia, aplica ao furto qualificado o aumento de pena previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal, haja vista que, em obediência ao princípio da reserva legal, não cabe ao julgador criar figuras delitivas ou aplicar penas que o legislador não haja determinado.
4. A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231/STJ).
5. Recurso conhecido e provido para redimensionar a pena privativa de liberdade imposta ao réu, fixando-a em 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, mantidas as demais determinações do acórdão recorrido relativas à pena de multa e à substituição da pena.

RECURSO ESPECIAL Nº 708.415-RS - Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Misaque Lopes. Advogados: Nora Lavínia Campos Cruz - Defensora Pública e outro.

Acórdão _____

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acor-

dam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília-DF, 20 de março de 2007(data do julgamento). - *Ministro Arnaldo Esteves Lima* - Relator.

Relatório

Ministro Arnaldo Esteves Lima - Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local.

O recorrido foi condenado pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos, além do pagamento de 60 dias-multa (f. 114/120).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual teve o provimento negado pelo Tribunal de origem, que, ainda, em *reformatio in melius*, reduziu a pena para 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituindo-a por multa de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), mantida a sanção pecuniária cumulativa (f. 157/164).

No recurso especial, sustenta o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, negativa de vigência do art. 155, § 4º, do Código Penal, ao argumento de que a Corte de origem não poderia ter aplicado ao crime de furto qualificado pelo concurso de agentes a majorante prevista no art. 157, § 2º, II, do CP.

Alega também interpretação divergente de outros tribunais no tocante à impossibilidade da *reformatio in melius* em recurso exclusivo da

acusação e da fixação da pena aquém do mínimo legal.

As contra-razões foram apresentadas às f. 196/207.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso no tocante à letra *a* e pelo não-conhecimento do dissídio (f. 218/221).

É o relatório.

Voto

Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator) - De início, não assiste razão ao recorrente no que se refere à alegada impossibilidade da *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação. A mais recente jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o art. 617 do CPP proíbe apenas a *reformatio in pejus*, não havendo nenhuma vedação à *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação, uma vez que este devolve toda a matéria ao Tribunal.

A propósito do tema, convém conferir o pronunciamento da ilustre Ministra Laurita Vaz no julgamento do REsp 509.399/ SP (Quinta Turma, DJ de 2.8.2004):

De início, cabe esclarecer que o art. 617 do Código de Processo Penal vedou, apenas, a chamada *reformatio in pejus, litteris*:

'Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença'.

Em que pesem divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto, entendo que, quando houver exclusiva interposição de recurso da acusação, objetivando a exasperação da pena imposta ao réu ou agravamento do regime prisional, e o órgão julgador verificar flagrante ilegalidade na condenação, pode ocorrer a *reformatio in melius*, pois o estatuto processual não vedou sua aplicação. Ademais, na interpretação do referido artigo, infere-se que na hipótese de recurso ministe-

rial toda a matéria será devolvida para julgamento, não havendo falar em violação ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*. É que o Ministério Público, além de atuar como *dominus litis*, também age como *custos legis*, não podendo, assim, objetivar uma decisão injusta ou ilegal.

No mesmo sentido, são os seguintes precedentes deste Superior Tribunal:

Recurso especial. Penal e processual penal. Recurso exclusivo da acusação. Ocorrência da *reformatio in melius*. Possibilidade. Inexistência de vedação legal. Porte ilegal de arma de fogo. Anulação do exame pericial. Inexistência de outros meios de prova.

1. O art. 617 do Código de Processo Penal veda, tão-somente, a *reformatio in pejus*. Em sendo assim, infere-se do sistema processual penal que a *reformatio in melius* deve ser admitida, pois em recurso exclusivo do Ministério Público toda a matéria resta devolvida, podendo, dessa forma, ser analisada a existência de ilegalidades na condenação pelo Tribunal de origem. Precedentes.

2. A Corte *a quo* absolveu os recorridos porque reconheceu, além da nulidade da perícia, inexistir nos autos prova suficiente para a condenação. Desse modo, atender à pretensão recursal do recorrente de, afastando a nulidade da perícia, confirmar a condenação de primeiro grau, implica, necessariamente, reexame da matéria fático-probatória constante dos autos, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do disposto na Súmula nº 07 do STJ.

3. Recurso especial não conhecido (REsp 299.405/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 25.8.2003).

Recurso especial. Penal e processo penal. Roubo. Prescinde de posse tranqüila a coisa roubada com emprego de violência ou grave ameaça. Limites da apelação. Recurso exclusivo da acusação. *Reformatio in melius*. Possibilidade, *in casu*.

Prescinde de posse tranqüila a coisa roubada com emprego de violência ou grave ameaça (precedentes).

A *reformatio in melius* é possível quando há exclusiva interposição de recurso por parte da acusação, pretendendo a majoração da pena imposta ao réu, e se constatada a circuns-

tância de flagrante ilegalidade da condenação (precedentes).

Recurso parcialmente provido (REsp 302.352/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 09.12.2002).

Processo penal. Recurso exclusivo do Ministério Público. Possibilidade de *reformatio in melius*.

- Nada há que impeça a *reformatio in melius* em face de recurso exclusivo do Ministério Público. Isso porque a impugnação do Ministério Público não guarda em seu bojo limitações ao poder do juízo *ad quem*. Tanto é que o mesmo Ministério Público que acusa pode, ante fatos novos, pleitear a absolvição. Se o tribunal pode conceder *habeas corpus ex officio*, nada impede que, ante recurso exclusivo da acusação, abrande a situação do acusado.

- Recurso desprovido (REsp 168.557/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quinta Turma, DJ 18.12.2000).

Conquanto seja admitida a *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação, no caso em apreço, a reforma da sentença pela Corte de origem não merece ser mantida, uma vez que a redução da pena aplicada pela sentença foi fundamentada na incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, II, do CP em crime de furto, afastando-se a qualificadora do art. 155, § 4º, IV, do CP.

O estatuto repressivo prevê como qualificado o furto cometido por dois ou mais agentes, estabelecendo no § 4º do art. 155 do Código Penal a pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos como limite à resposta penal.

Assim, fere o referido dispositivo legal o *decisum* que, em nome dos princípios da proporcionalidade e da isonomia, aplica ao furto qualificado o aumento de pena previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal para a hipótese do crime de roubo cometido em igual condição.

Com efeito, em obediência ao princípio da reserva legal, não cabe ao julgador criar figuras delitivas ou aplicar penas que o legislador não haja determinado.

Ademais,

respeitável a construção doutrinária na defesa de quaisquer teses que exaltem ou critiquem o sistema legal em vigor, contudo, durante a sua vigência, afigura-se imprescindível que seja efetivamente respeitado e aplicado (REsp 701.383/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 2.5.2005).

Nesse sentido, reiteradamente, tem-se manifestado esta Corte. Confirmam-se:

Recurso especial. Penal. Furto qualificado. Concurso de agentes. Aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 157, parágrafo 2º, do Código Penal. Impossibilidade. Provimento.

- O princípio da estrita legalidade, vigente em nosso ordenamento jurídico penal, repudia a aplicação da analogia. Aplica-se a hipótese normativa, não admitindo que se aplique outra norma, relativa à hipótese diversa.

- Havendo previsão normativa de qualificação do crime de furto praticado em concurso de pessoas (CP, artigo 155, § 4º, IV), inadmissível é a aplicação por analogia da norma do artigo 157, § 2º, II, que trata da causa de aumento de pena no crime de roubo praticado em concurso de pessoas.

- Recurso provido (REsp 684.549/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 09.05.2005).

Recurso especial. Direito penal. Furto qualificado. Concurso de pessoas. Roubo. Causa de aumento de pena. Concurso de pessoas. Aplicação analógica. Inadmissibilidade.

- Vige no direito penal o princípio da estrita legalidade, utilizando-se da analogia tão-somente em face da existência de lacuna no ordenamento jurídico.

- Havendo previsão normativa de qualificação do crime de furto praticado em concurso de pessoas (CP, art. 155, §4º, IV), inadmissível é a aplicação, por analogia, da norma do art. 157, § 2º, II, que trata da causa de aumento de pena no crime de roubo praticado em concurso de pessoas.

- Recurso provido (REsp 439.879/RS, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, DJ de 29.9.2003).

Recurso especial. Penal. Crime contra o patrimônio. Reincidência comprovada. Majoração. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Impossibilidade da incidência do art.

155, § 2º, CP. Inaplicável o aumento previsto no crime de roubo. Violação ao art 155, § 4º, do CP. Precedentes.

1. Reconhecida a violação ao art. 61, inciso I, do Código Penal, uma vez que, no momento da dosimetria da pena, estando comprovada a reincidência, a sanção corporal deverá ser sempre agravada.

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

3. A legislação penal define o *quantum* do crime de furto qualificado pelo concurso de agentes, inexistindo, pois, lacuna, razão pela qual não se afigura possível a aplicação da majorante do roubo em igual condição.

4. Recurso especial conhecido e provido (REsp 683.094/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 07.03.2005).

Outrossim, o acórdão recorrido encontra-se em dissonância com o entendimento desta Corte, pacificado no sentido de que o reconhecimento da existência de atenuante não pode conduzir à fixação da pena aquém do mínimo legal. Esse, aliás, é o preciso enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, *litteris*: “A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Nesse contexto, reconhecida a qualificadora prevista no inc. IV do § 4º do art. 155 do Código Penal, o *quantum* da resposta penal, nos termos da lei de regência, deve obedecer aos limites previstos, quais sejam mínimo de 2 (dois) e máximo de 8 (oito) anos de reclusão, não sendo cabível a condução da pena aquém desse mínimo em razão de circunstância atenuante.

Por conseguinte, obedecidas as diretrizes fixadas pelas instâncias inferiores, reestruturo a pena imposta ao réu, que passa a ser a seguinte: pena-base fixada no mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos de reclusão, tornando-se definitiva nesse patamar, mesmo com o reconhecimento da atenuante da confissão, conforme já explicitado acima.

O regime de cumprimento da reprimenda será o aberto, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para redimensionar a pena privativa de liberdade imposta ao réu, fixando-a em 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, mantidas as demais determinações do acórdão recorrido relativas à pena de multa e à substituição da pena.

É como voto.

Certidão _____

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

“A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator”.

Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília, 20 de março de 2007. - *Lauro Rocha Reis* – Secretário.

(Publicado no *DJU* de 23.04.2007.)

-:-:-