

**PENAL E PROCESSUAL PENAL - RECURSO ESPECIAL - ART. 155, § 4º, INCISO IV, DO
CÓDIGO PENAL - RECURSO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO - REFORMATIO IN MELIUS - AMPLA
DEVOLUTIVIDADE DA APELAÇÃO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO ROUBO
COM CONCURSO DE AGENTES - IMPOSSIBILIDADE - FURTO PRATICADO CONTRA
DIFERENTES VÍTIMAS - CONCURSO FORMAL - PENA AQUÉM DO MÍNIMO - ATENUANTES -
IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 231-STJ**

I - A interposição do recurso de apelação enseja a devolução de todas as matérias discutidas em primeiro grau à apreciação do tribunal, não merecendo censura a aplicação do instituto da *reformatio in melius* pelo acórdão guerreado, em razão de ilegalidades constatadas na sentença condenatória. (Precedentes.)

II - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP. (Precedentes.)

III - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC).

IV - Crime de furto, praticado no mesmo contexto fático, contra vítimas diferentes, constitui concurso ideal. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ.)

V - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes. (Precedentes e Súmula nº 231 - STJ.)

RECURSO ESPECIAL Nº 728.004-RS - Relator: Ministro FELIX FISCHER

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Paulo Ferreira Teixeira. Advogada: Cleomir de Oliveira Carrao - Defensora pública.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 6 de abril de 2006 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Relator.

Relatório

O *Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer* - Trata-se de recurso especial interposto pelo *Parquet*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da *Lex Fundamentalis*, contra *v.* julgado proferido pelo *eg.* Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual se argumenta, a par de divergência jurisprudencial, violação ao art. 70 e ao art. 155, § 4º, inciso IV, ambos do Código Penal.

Depreende-se dos autos que o ora recorrido foi condenado, juntamente com outros co-réus, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso IV, *c/c* o art. 29, § 1º, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, bem como ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Irresignada, recorreu a acusação. A col. Quinta Câmara Criminal do *eg.* Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao apelo ministerial e reformou, de ofício, a sentença, reduzindo a pena para 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantidas a sub-

stituição e as demais cominações impostas na sentença. Diz a ementa do julgado:

Furto qualificado pelo concurso de agentes. Crime único. - A hipótese não comporta o reconhecimento do concurso formal de crimes. Pena. Dosimetria. Participação de menor importância. Circunstância que reduz a pena, a teor do art. 29, § 1º, do Código Penal. Confissão espontânea e menoridade. Pena aquém do mínimo. As atenuantes de confissão espontânea e menoridade devem ser observadas, mesmo que levem a pena para aquém do mínimo. Concurso de agentes. Isonomia. Por isonomia ao roubo, ao furto qualificado pelo concurso de agentes deve-se aplicar a pena-base do furto simples com o acréscimo de 1/3 a metade. - Apelo ministerial improvido. *Reformatio in melius* da sentença para redimensionar a pena de reclusão e de multa (f. 183).

Daí o presente recurso especial, em que o *Parquet* argumenta: a) violação ao art. 155, § 4º, inciso IV, do CP e dissídio jurisprudencial, sustentando que ao furto qualificado pelo concurso de agentes não se aplica analogicamente a pena do furto simples em conjunto com a majorante do art. 157, § 2º, inciso II, do CP; b) divergência jurisprudencial em relação à possibilidade de aplicação do instituto da *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação; c) violação ao art. 70, segunda parte, do CP, pugnano pela aplicação da regra do concurso formal impróprio ao caso em tela, em razão da pluralidade de vítimas do furto; e d) dissídio entre o *v. acórdão* do *eg.* Tribunal *a quo* e a jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça a respeito da possibilidade de fixação da pena-base em patamar abaixo do mínimo legal pela incidência de atenuantes.

Contra-razões às f. 225/232.

Admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte (f. 234/235).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às f. 242/246, se manifestou pelo conhecimento parcial e, nessa parte, pelo parcial provimento do reclamo em parecer assim ementado:

Recurso especial penal. Furto qualificado pelo concurso de pessoas. Concurso formal. Ocorrência. Reexame do conjunto fático probatório. Súmula nº 07 do STJ.

1. Inadmissibilidade de aplicação analógica da norma contida no art. 157, § 2º, II, do Código Penal ao crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas.
2. A análise do não-reconhecimento do concurso formal requer o reexame aprofundado de provas, o que encontra óbice na Súmula nº 07 deste Superior Tribunal de Justiça.
3. Dissídio não comprovado, nos termos do art. 255, § 2º, do RI deste egrégio Superior Tribunal de Justiça.
4. Pelo conhecimento parcial do recurso pela letra a e pelo não-conhecimento pelo dissídio (f. 242).

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer - Sustenta o recorrente, em síntese: a) que ao furto qualificado pelo concurso de agentes não se aplica analogicamente a pena do furto simples em conjunto com a majorante do art. 157, § 2º, inciso II, do CP; b) que não se pode aplicar o instituto da *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação; c) que deve ser aplicada ao caso a regra do concurso formal impróprio, em razão da pluralidade de vítimas do furto; e d) que a pena-base não poderia ser fixada em patamar abaixo do mínimo legal pela incidência de atenuantes.

Inicialmente, é de se entender que não assiste razão ao recorrente quanto ao alegado no segundo tópico, no sentido de que não se pode aplicar o instituto da *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação.

Com efeito, o recurso de apelação, em matéria criminal, tem como uma de suas características a ampla devolutividade da matéria discutida ao juízo *ad quem*, não se vislumbrando, portanto, qualquer violação ao princípio do *tantum*

devolutum quantum appellatum, em razão da análise de matérias não alegadas nas razões recursais, desde que não se aplique a *reformatio in pejus*, que é expressamente vedada pelo art. 617 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, a reforma do julgado para melhorar a situação do réu é medida legalmente autorizada, de forma a corrigir ilegalidades ou injustiças em seu desfavor.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

Criminal. HC. Dosimetria. Correção em grau de apelação. Possibilidade. Ampla devolutividade do recurso. Pena pecuniária. Ilegalidade não demonstrada. Ordem denegada.

I - A apelação é um recurso amplo, porque devolve o conhecimento pleno da matéria impugnada.

II - O Tribunal estadual é dotado de competência para analisar o *quantum* da pena aplicada, sem que isso configure violação do direito ao duplo grau de jurisdição ou ao contraditório, desde que a argüição relativa a erro na aplicação da pena tenha conestado da petição de interposição do recurso.

III - A pena de multa deve ser fixada atendendo, principalmente, à situação econômica do réu, bem como levando em consideração o *quantum* apropriado indevidamente, circunstâncias estas que restaram analisadas pelo magistrado monocrático no caso dos autos.

IV - Não há que se falar em nulidade do acórdão por deficiência na fixação da pena de multa, se a mesma foi correta e fundamentadamente dosada, atendendo aos moldes do sistema trifásico de aplicação da pena e da jurisprudência dominante.

V - Ordem denegada (HC 35.580/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 13.12.2004).

Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Condenação em segundo grau de jurisdição. Devolutividade. Exame do acervo probatório. Alegação de inocência. Incabível análise nesta via por requerer acurado exame de provas. Dosimetria da pena. Regime prisional. Lei dos Delitos de Tortura.

- O Tribunal de Justiça pode, em sede de apelação criminal proposta pelo *Parquet*, tendo em vista o caráter amplamente devolutivo do recurso, reexaminar o conjunto probatório e reformar sentença absolutória a partir de seu entendimento, fundamentado, acerca da materialidade e autoria do delito. *In casu*,

entendeu o Tribunal *a quo* restarem sobejamente comprovados os dois elementos, concluindo, assim, pela condenação.

- Alegação de inocência que não pode ser atestada sem profundo exame do acervo probatório produzido, não se afigurando flagrante e incontroversa nos autos a procedência da referida tese.

- Dosimetria da pena que não apresenta máculas, tendo sido formulada de acordo com os ditames do art. 59 do Código Penal.

- Nos crimes hediondos ou equiparados, o regime prisional previsto é o fechado, descabendo progressão. Preceito legal declarado compatível com a atual Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal (HC 69.603).

- Ademais, a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que 'A Lei nº 9.455/97 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei nº 8.072/90, em relação aos quais se mantém a vedação à progressão de regime' (REsp 170.841, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 28.02.2000).

- Ordem denegada (HC 17.328/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 29.04.2002).

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 circunstância de flagrante ilegalidade da condenação. (Precedentes.)

- Recurso parcialmente provido (REsp 302.352/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 09.12.2002).

Por outro lado, quanto ao tópico referente à aplicação analógica da majorante do roubo com concurso de agentes no crime de furto qualificado, a pretensão recursal merece ser acolhida.

É bem de ver que o emprego da analogia, *in casu*, pelo eg. Tribunal *a quo* olvidou acerca do disposto no art. 4º da LICC (que seria até despi-

ciendo, porquanto regra fulcral em sede de teoria geral do direito). Não se pode, juridicamente, por analogia, substituir uma qualificadora por uma majorante, por entender que o sistema deva ser diferente.

Dentro do sistema europeu-continental ou romano-germânico, não encontra respaldo jurídico a transformação do legalmente previsto unicamente com base em considerações de *lege ferenda*. Muito menos, com recurso à analogia como se esta pudesse revogar expresso texto legal.

A respeito do tema, destaco os seguintes precedentes:

Penal. Recurso especial. Art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal. Aplicação analógica da majorante do roubo com concurso de agentes. Impossibilidade. Reincidência. Agravante. *Bis in idem*. Inocorrência.

I - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP. (Precedentes.)

II - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC).

III - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

IV - Fere o disposto no art. 61, inciso I, do CP a rejeição de sua incidência sob pretexto de *bis in idem*, concretamente inócua. (Precedentes.) Recurso provido (REsp 772.099/RS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 19.12.2005).

Recurso especial. Penal. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Violação ao 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 nº 231 do STJ. Recurso provido.

1. 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.

2. 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.

3. 'A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal' (Súmula nº 231/STJ).

4. Recurso provido (REsp 755.019/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 14.11.2005).

Recurso especial. Penal. Furto qualificado. Concurso de agentes. Aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 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 a hipótese diversa.

- 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 684.549/RS, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 09.05.2005).

Criminal. REsp. Furto qualificado. Qualificadora da escalada. Transposição de muro de 1,80 m. Caracterização. Majorante do crime de roubo. Concurso de pessoas. Aplicação ao furto qualificado pela mesma circunstância. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido.

I - A escalada pressupõe a entrada em um local por um meio anormal, exigindo do agente esforço físico incomum, como saltar um muro de 1,80 m de altura, conforme ocorrido *in casu*.

II - A qualificadora da escalada incide contra aquele que não se intimida diante de um obstáculo, demonstrando uma tendência maior do agente em delinqüir.

III - Viola o princípio da legalidade a aplicação da majorante do crime de roubo, resultante do concurso de pessoas, ao crime de furto qualificado pela mesma circunstância.

IV - Tendo o Tribunal *a quo*, apesar de reconhecer a presença da circunstância qualificadora do crime de furto, recorrido aos princípios da proporcionalidade e da isonomia para aplicar dispositivo legal estranho ao fato, assume papel reservado pela Constituição Federal ao parlamento.

V - Como não existe paralelismo entre os incisos I, II e III do § 4º do art. 155 do Código Penal com os demais incisos do § 2º do art. 157 do Estatuto Repressivo, a fórmula aplicada resultaria numa reprimenda diferenciada para indivíduos que cometem furto qualificado naquelas circunstâncias, o que é inconcebível.

VI - Recurso especial conhecido e provido, nos termos do voto do Relator (REsp 680.743/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 09.02.2005).

Em relação ao terceiro tópico - ocorrência de concurso formal impróprio, em razão da pluralidade de vítimas do furto -, procede, igualmente, a pretensão recursal.

Narra a peça acusatória:

No dia 10 de maio de 2002, por volta de 22h30min, na Rua Sarmiento Leite, imediações do nº 248, nesta Capital, os denunciados João Roberto Cardoso Carvalho e Paulo Roberto Ferreira Teixeira, em comunhão de esforços com um terceiro indivíduo ainda não identificado, subtraíram, para si, de Renato Veiga de Macedo, um relógio, um isqueiro, seus documentos pessoais, além de R\$ 150,00. Nas mesmas condições de tempo e lugar, e da mesma forma, subtraíram, para si, de Rodrigo Raeder, uma carteira contendo, além de documentos pessoais, a importância de R\$ 50,00.

Na oportunidade, os acusados e o terceiro indivíduo, não identificado, abordaram as vítimas que caminhavam pela via pública, de forma descuidada, e, rapidamente, subtraíram de seus bolsos os pertences acima arrolados. Paulo Roberto subtraiu os pertences da vítima Renato, enquanto que João Roberto subtraiu a carteira de Rodrigo.

Embora tenham abandonado o local, correndo, os denunciados foram presos, em flagrante, pouco depois, pela autoridade policial.

Houve apreensão da carteira e de objetos pertencentes a Renato. O dinheiro das vítimas, porém, não foi recuperado e, provavelmente, ficou com a pessoa não identificada, que conseguiu se evadir do local.

Assim agindo, os denunciados incorreram nas sanções do art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, razão pela qual o Ministério Público requer as suas citações para interrogatórios e demais atos processuais, até final julgamento.

Requer, de outra banda, as inquirições das pessoas ao final arroladas (f. 02/04).

Para a configuração do concurso formal, com previsão no art. 70 do Código Penal, exige-se que o agente, mediante ação única, pratique dois ou mais crimes. *In casu*, conforme se depreende *prima facie* da análise dos autos, a conduta delitosa dos agentes consistiu contextualmente em uma única ação, atingindo vítimas distintas, a caracterizar o concurso ideal.

O col. Supremo Tribunal Federal já se firmou no sentido de que o crime de roubo, praticado mediante ação contextualmente única, apenas desdobrada, contra vítimas diferentes, constitui concurso ideal. Nesse sentido os seguintes precedentes:

Competência. *Habeas corpus*. Ato de Tribunal de Alçada Criminal. - Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas corpus* dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em órgão fracionário. Sentença. Fundamentação. Concurso formal. Mostra-se fundamentada a sentença mediante a qual se concluiu pelo concurso formal tendo em vista o fato de o roubo haver sido praticado, em única ação, contra vítimas diversas, das quais foram subtraídos, violentamente, objetos (HC 73.514/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 24.05.96).

Ementa: *Habeas corpus*. Crime de roubo. Concurso formal e crime continuado. *Emendatio libelli*, art. 383 do CPP. Crime tentado e crime consumado: posse do produto do roubo. Reincidência. Medida de segurança: ordem concedida *ex officio*.

1. Roubo contra várias vítimas mediante uma só ação e com o mesmo desígnio é caso de concurso formal, e não de crime continuado, como consta da denúncia. O réu deve defender-se dos fatos mencionados na denúncia, e não do tipo e da qualificação penal nela assinalados. *Emendatio libelli*: o juiz pode corrigir o libelo acusatório quando este descreve fato capitulado num crime e o qualifica em outro, art. 383 do CPP.

2. Crime tentado e crime consumado: posse do produto do roubo. O roubo se consuma no instante em que a detenção de coisa móvel alheia se transforma em posse mediante a cessação da grave ameaça ou violência a pessoa, sendo irrelevante no direito brasileiro que o ladrão tenha posse tranqüila e possa dispor livremente da *res furtiva*, ou o lapso de tempo em que manteve a posse, ou ainda que tenha saído da esfera de vigilância da vítima. Precedentes: RECr nº 102.490/SP; HC nº 70.303/SP. No caso, a recuperação de parte dos bens roubados não transforma crime consumado em crime tentado.

3. Reincidência: condenação anterior, transitada em julgado, caracteriza reincidência e influi na dosagem da pena.

4. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido.

5. Ordem concedida *ex officio* para cancelar a medida de segurança imposta na condenação, porque a nova Parte Geral do Código Penal, Lei nº 7.209, de 11.07.84, eliminou esta medida para os imputáveis, e, sendo a lei nova mais benigna, deve ser esta aplicada ao paciente, art. 2º, parágrafo único, do CP (HC 70.550/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 09.12.94).

Habeas corpus. Código Penal, arts. 157, § 2º, I e II, e 155, § 4º, IV, combinado com o art. 70 e art. 71. Não é admissível continuidade delitiva entre roubo e furto. Firmou o STF, em sessão plenária de 21.05.80, no RECr nº 91.317 (RTJ 98/357), que não se configura crime continuado quando há roubo e furto, porque esses delitos, embora da mesma natureza, não são, entretanto, da mesma espécie. Concurso formal, no que concerne ao crime de roubo, visto que duas foram as vítimas. Não houve ilegalidade quanto à pena imposta ao paciente. *Habeas corpus* indeferido (HC 70.360/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 03.06.94).

I. Citação-edital. Validade. Conseqüente revela, que faz incensurável a intimação edital da sentença condenatória, anterior à captura do réu.

II. Sentença condenatória. Roubo a mão armada, em concurso de agentes (art. 157, § 2º, I e II), que, no mesmo contexto de fato, lese vítimas diferentes, configurando concurso formal, segundo a jurisprudência. Pena corretamente fixada (HC 69.449/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 25.09.92).

Revisão criminal. Competência. Concurso formal.

1. Tendo o Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário, apenas qualificado juridicamente os fatos (como reconhecidos nas instâncias ordinárias), para afirmar a caracterização de concurso formal (em vez de crime único), sem qualquer exame de provas ou de matéria de mérito da condenação, não é competente para apreciar pedido de revisão em que se postula absolvição, por ter sido aquela (a condenação) contrária à evidência dos autos. Competência, para isso, do próprio Tribunal prolator da condenação.

2. Conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do pedido de revisão no ponto em que objetiva a desconstituição de seu acórdão para exclusão do concurso formal. Indeferimento, nessa parte, diante da jurisprudência da Corte no sentido de que, se o réu, mediante uma só ação desdobrada em vários atos, pratica crime de roubo contra vítimas diferentes, a hipótese é de concurso formal, e não de crime único.

3. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para se reduzir a apenação, pois, com referência à pena-base, fixada no acórdão da apelação, o Ministério Público se conformara, não sendo possível restaurar, como fez o acórdão no recurso extraordinário, a pena-base maior estabelecida pela sentença.

4. Revisão criminal conhecida, em parte, mas indeferida nesse ponto.

5. Concessão, de ofício, de *habeas corpus* para se reduzir a reprimenda, com extensão aos co-réus que se encontram na mesma situação.

6. Devolução dos autos ao tribunal *a quo* para apreciar, como de direito, o pedido revisional de absolvição (RvC 4.734/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 27.10.89).

Esta Corte também tem percorrido a mesma linha de entendimento, a saber:

Recurso especial. Direito penal. Roubo com causa de aumento de pena do emprego de arma e do concurso de agentes. Agravante da reincidência. *Ne bis in idem*. Roubo contra vítimas diferentes. Instituição bancária e proprietária de veículo automotor. Hipótese de concurso formal. Recurso provido.

1. Caracterizada a reincidência, de *bis in idem* não há falar, porque não se está punindo o agente duas vezes pelo mesmo fato-crime, mas, sim, considerando a reincidência produzida ou aprofundada pelo novo delito, na

perspectiva de sua personalidade, como elemento obviamente influente na resposta penal a ser editada, expressão da reprovação que se lhe faz pelo novo crime praticado.

2. O crime de roubo, praticado no mesmo contexto fático, mediante conduta única, contra vítimas diferentes, configura hipótese de concurso formal, tal como decorre de texto expresso de lei.

3. Recurso provido (REsp 723.568/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 14.11.2005).

Revisão criminal. Roubo qualificado. Concurso formal.

- É competente o Superior Tribunal de Justiça para conhecer, em parte, da súplica, tendo em vista que o concurso formal foi reconhecido por essa Corte, ao prover, em parte, recurso especial aviado pelo Ministério Público contra o acórdão do Tribunal de Alçada Criminal que, provendo parcialmente recurso de apelação do réu, modificou a sentença condenatória em tal segmento.

- É incompetente para rever a decisão quanto ao concurso de agentes, visto que nada decidiu a respeito.

- Os agentes, *in casu*, mediante uma única conduta, subtraíram dinheiro de duas vítimas distintas, dirigindo ameaças a cada uma delas, sendo desimportante que fossem pessoas integrantes de um mesmo núcleo familiar. A ação dos agentes desdobrou-se contra duas pessoas, no cometimento de dois crimes idênticos, que atingiram objetividades jurídicas diversas (patrimônio, liberdade e integridade física) de ambas as vítimas, individualmente. Precedentes do STJ.

- Não evidenciada qualquer das hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, mormente a do inciso I, segunda parte, tendo em vista que a decisão do Superior Tribunal de Justiça apenas fez incidir no caso o comando do art. 70 do Código Penal, indevidamente afastado pelo acórdão da Corte local...

- Pedido parcialmente conhecido e, nessa parte, julgado improcedente (RvCr 717/SP, 3ª Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 14.09.2005).

Criminal. REsp. Roubo qualificado. Concurso formal. Caracterização. Ação única. Vítimas diferentes, ainda que da mesma família. Recurso parcialmente conhecido e provido.

I. Não se conhece do recurso especial pela alínea c se o recorrente deixa de juntar certidão ou cópia do acórdão apontado como divergente.

II. Configura-se concurso formal, quando o agente, mediante uma só ação, pratica crimes de roubo contra vítimas diferentes, ainda que da mesma família, já que caracterizada a violação a patrimônios distintos.

III. Recurso parcialmente conhecido e provido (REsp 717.984/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 29.08.2005).

Penal. Recurso especial. Roubo. Pena aquém do mínimo. Súmula 231/STJ. Roubo contra várias vítimas e patrimônios diversos. Ação única. Concurso formal.

I - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula nº 231 - STJ.)

II - Crime de roubo, praticado no mesmo contexto fático, contra vítimas diferentes, constitui concurso ideal. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ.)

Recurso provido (REsp 662.999/RS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 21.02.2005).

Ressalte-se, *in casu*, que o entendimento deve ser o mesmo em relação ao delito de furto dada a identidade de situações no que tange à configuração do concurso formal. No furto perpetrado, assim como nas hipóteses de roubo, por meio de uma só ação são violados diferentes bens jurídicos, consubstanciados nos patrimônios das diferentes vítimas. Impende observar, ademais, a existência de desígnios autônomos, uma vez que os agentes se voltam contra as diferentes vítimas com o dolo de realizar a subtração patrimonial contra cada uma delas, ainda que os múltiplos atos se reúnam em uma mesma ação. Dessarte, constata-se ser caso de aplicação do concurso formal impróprio, previsto no art. 70, segunda parte, do Código Penal.

Quanto ao último tópico da impetração (fixação da pena-base aquém do mínimo com base em atenuante), mais uma vez assiste razão ao recorrente.

A individualização da pena, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma obrigação funcional, a ser exercida com critério jurídico pelo juiz e, simultaneamente, uma garantia do réu (v.g., art. 5º, inciso

XLVI, da Carta Magna e arts. 381 e 387 do CPP) e da sociedade (v.g., arts. 381 e 387 do CPP). Está, outrossim, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da *Lex Maxima*). A nossa legislação fornece o critério mencionado na *Lex Fundamentalis* (“a lei regulará a individualização...”) que deve ser respeitado e aplicado com a indispensável fundamentação concreta (cf. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, *ex vi* do art. 93, inciso IX, 2ª parte da Lei Maior e arts. 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, ou, então, o pretense exercício de “dikeologia” só acarretam, no fundo, neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça.

Em assim sendo, desde a elaboração do Código Penal de 40, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei nº 7.209/84, nunca predominou - nem sequer mereceu destaque - o entendimento de que as agravantes e atenuantes (ao contrário das majorantes e minorantes) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isso, quer seja no sistema bifásico (de Roberto Lyra), quer seja no trifásico (de Nelson Hungria), agora imposto legalmente (v.g., as ensinanças de Hungria, A. Bruno e M. Noronha, por demais conhecidas).

Como se vê, repetindo, dos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal, a Lei nº 7.209/84 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado, sob pena de se tornarem os referidos dispositivos mero ornato do Código Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmite o *circumvenire legem*. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja seqüência está evidenciada. A pena-base (e não ponto de partida) é obtida

com as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP). A seguir, em segunda operação, devem incidir as agravantes e as atenuantes (*ex vi* dos arts. 61 a 67 do CP), surgindo, daí, a pena provisória. Esta só se torna definitiva ou final se não houver a aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (majorantes ou minorantes, *ex vi* do art. 68 do CP). Como se vê, *primo ictu oculi*, até à *vol d'oiseau*, o critério é claro, a sua seqüência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos, mas até por uma questão de elementar lógica. Se assim não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de ampla indeterminação que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas o CP em seu art. 59, II, diz: “dos limites previstos”. No art. 67, assevera: “do limite indicado”. É, cumpre sublinhar, o sistema da indeterminação relativa (*v.g.*: Jair Leonardo Lopes, *in Curso de direito penal*, parte geral, 2 ed., RT, p. 231 e segts.; Damásio E. de Jesus, *in Direito penal*, parte geral, 20. ed., Saraiva: v. 1, p. 579; Heleno C. Fragoso, *in Lições de direito penal*, parte geral, 15 ed., Forense, 1995, p. 339; Álvaro Mayrink da Costa, *in Direito Penal*, parte geral, Forense, 1991; v. 1, tomo 2, p. 539; L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencurt, *in Código Penal anotado*, RT, 1997, p. 327 e 334; Juarez Cirino dos Santos, *in Direito Penal. A nova parte geral.*, Forense, 1985, p. 250; Maurício Kuehne, *in Teoria e prática da aplicação da pena*, Juruá, 1995 p. 99; e Fernando Galvão, *in Aplicação da Pena*, Ed. Del Rey, 1995, p. 124).

A *quaestio* não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. Primeiro, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? Segundo, admitindo-se, *ad argumentandum*, a redução almejada no recurso especial, qual seria o limite? A pena “zero”? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção unilateral na relação culpabilidade/pena (*v.*, comparativamente, Nilo Batista, *in Introdução crítica ao direito penal* e H. H. Jescheck, *in Tratado de derecho*, 4. ed., Granada,

1993, p. 384-386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo Roxin, Jakobs, A. Kaufmann e Achenbach). Terceiro, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, *data venia*, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de “competição” entre réus ou delinqüentes. Caso contrário, na participação de somenos (art. 29, § 1º, do CP), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, “premiando” o co-réu que tivesse menor participação (o texto, todavia, só diz com a participação ínfima, cf. ensinanças de René A. Dotti, *in Reforma penal brasileira*, Forense, 1988, p. 98-99, e de Jair Leonardo Lopes, *op. cit.*, p. 183). Por último, a expressão “sempre atenuam” não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena-base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as agravantes (“que sempre agravam a pena”) pudessem levar a pena acima do limite máximo (o outro lado da ampla indeterminação). E isso, como preleciona A. Silva Franco, é incompatível com o princípio da legalidade formal:

O entendimento de que o legislador de 84 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos ‘segundos códigos’ do magistrado. Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstâncias acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as

causas de aumento e de diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas (FRANCO, A. Silva. *In Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed., 1997, RT, p. 1.072).

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

Penal. Recurso especial. Roubo majorado. Consumação. Atenuante. Fixação da pena. Súmula nº 231-STJ.

- As atenuantes não podem conduzir a pena-base aquém do mínimo legal previsto para o crime.

- Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a *res furtiva* saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência. (Precedente do colendo Supremo Tribunal Federal - RTJ 135/161-192, Sessão Plenária.)

- Incidência da Súmula 231 do STJ.

- Recurso conhecido e provido (REsp 744.120/RS, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 05.09.2005).

Criminal. REsp. Furto tentado. Consideração de processos em andamento como Maus Antecedentes. Impossibilidade. Atenuantes da menoridade e da confissão espontânea. Fixação da pena abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula 231/STJ. Pena de multa. Isenção. Violação ao princípio da legalidade. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I. O envolvimento em inquéritos diversos e em vários processos ainda em curso não se presta como indicativo de Maus Antecedentes, no momento da fixação da pena. Precedentes.

II. Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que haja incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea. Incidência da Súmula 231/STJ.

III. A multa é uma sanção de caráter penal, e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade.

IV. Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída.

V. Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do Relator.

VI. Remessa dos autos ao Tribunal *a quo* para redimensionamento da pena (REsp 722.751/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 29.08.2005).

Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, I, II e V, e art. 61, I, do Código Penal. Agravante. Reincidência. Pena aquém do mínimo. Ate-nuantes. Processos em curso. Maus anteceden-tes.

I - Em respeito ao princípio da presunção da inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como Maus Antecedentes, para exacerbação da pena-base. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ.)

II - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. (Precedentes.)

III - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula nº 231 - STJ.)

Recurso parcialmente provido (REsp 730.109/RS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 1º.08.2005).

Recurso especial. Penal. Roubo. Momento consumativo. Prescindibilidade da posse tranqüila da *res*. Pena-base abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Enunciado nº 231 da súmula desta Corte. Recurso provido.

1. O direito penal brasileiro, ao perfilar a expressão "subtrair", adotou a teoria da *apprehensio* ou *amotio*, em que o delito de roubo se consuma quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independentemente de a *res* permanecer sobre a posse tranqüila do agente.

2. A incidência das atenuantes da menoridade não pode conduzir a pena-base aquém do mínimo legal. Enunciado nº 231 da súmula desta Corte.

3. Recurso especial provido para reconhecer a forma consumada e fixar a pena em seu patamar mínimo legal (REsp 735.440/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 27.06.2005).

Ademais, a *quaestio* está sumulada: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (Súmula nº 231-STJ).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para determinar que o eg. Tribunal *a quo* realize novo cálculo da pena privativa de liberdade, aplicando a reprimenda do furto qualificado, na forma do art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, bem como o concurso formal impróprio, na forma do art. 70, segunda parte, do Estatuto Repressivo, vedada a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal em razão da incidência das atenuantes.

É o 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 parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator”.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 6 de abril de 2006. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 15.05.2006.)