

25/03/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 92.626-6 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACIENTE(S) : JORGE ALBERTO DE MONTIGNY
IMPETRANTE(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. FIGURA PENAL APENADA COM SANÇÃO AUTÔNOMA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO CRIME DE ROUBO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. CAUSA OBRIGATÓRIA DE AUMENTO DE PENA. ORDEM DENEGADA.

I - Não pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma.

II - Em face do que dispõe o § 4º do art. 155 do Código Penal, não se mostra possível aplicar a majorante do crime de roubo ao furto qualificado.

III - O aumento da pena em função da reincidência encontra-se expressamente prevista no art. 61, I, do CP, não constituindo bis in idem.

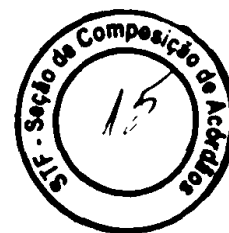
IV - Ordem denegada.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 25 de março de 2008.


RICARDO LEWANDOWSKI - RELATOR



25/03/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 92.626-6 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACIENTE(S) : JORGE ALBERTO DE MONTIGNY
IMPETRANTE(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

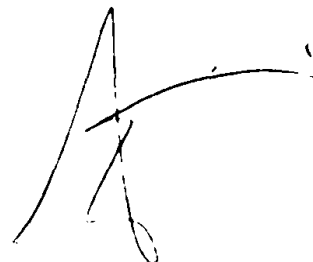
R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: - Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado por Tatiana Siqueira Lemos, Defensora Pública da União, em favor de JORGE ALBERTO DE MONTIGNY, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (RE 956.876/RS) assim ementada:

"CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE. INADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE LACUNA DA LEI. REINCIDÊNCIA. CAUSA OBRIGATÓRIA DE AUMENTO DE PENA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Não cabe ao Julgador aplicar uma norma, por assemelhação, em substituição a outra validamente existente, simplesmente por entender que o legislador deveria ter regulado a situação de forma diversa da que adotou; não se pode, por analogia, criar sanção que o sistema legal não haja determinado, sob pena de violação do princípio da reserva legal.

2. Ante a previsão expressa do § 4º do art. 155 do CPB, deve ser afastada a aplicação analógica da majorante do crime de roubo ao crime de furto qualificado.



HC 92.626 / RS

3. O afastamento da reincidência como fator agravante da pena aplicada, sob a afirmativa de que tal instituto não se coaduna com a moderna evolução do Direito Penal, além de se mostrar divergente do entendimento adotado por este colendo Superior Tribunal, nega vigência ao art. 61, I do CPB, que prevê expressamente o instituto como causa circunstancial obrigatória de majoração da reprimenda a ser fixada.

4. Recurso Especial conhecido e provido".

A impetrante narra, em síntese, que o paciente foi condenado a dois anos e dez meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, pela prática de furto qualificado (art. 155, § 4º, III e IV, do CP, na forma tentada (art. 14, II, do CP). A reprimenda foi substituída pela prestação de serviços à comunidade e ao pagamento de quinze dias-multa no menor valor previsto.

Afirma, mais, que o Ministério Público interpôs recurso de apelação pugnando pelo cumprimento da pena em regime fechado, em virtude de ser o paciente reincidente. Também a defesa, irresignada, apelou.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso ministerial e acolheu o da defesa para afastar o aumento relativo à reincidência e a qualificadora do emprego de chave falsa, mantendo a do concurso de agentes.



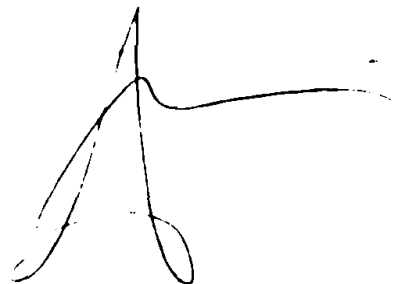
HC 92.626 / RS

Nessa passo, aplicou a majorante prevista no § 2º do art. 157 à pena cominada ao delito de furto simples. Reduziu, assim, a pena corporal para cinco meses e dez dias de reclusão, em regime aberto, "mantidas as demais cominações sentenciadas" (fl. 3).

Acrescenta a impetrante, que o Parquet, inconformado com a decisão, manejou recurso especial a fim de que fosse o paciente condenado e apenado por furto qualificado e considerada também a sua reincidência.

O Resp foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça, que determinou ao TJ/RS que realizasse novo cálculo da pena, observando o disposto no art. 155, § 4º, IV, e no art. 61, I, ambos do Código Penal.

Diante disso, busca a impetrante a concessão de liminar para que seja suspensa a execução da pena até o julgamento do presente writ. E, no mérito, pleiteia a cassação do acórdão do STJ para que prevaleça a decisão originalmente prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.



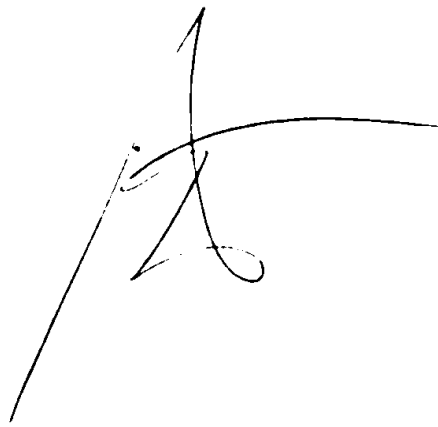
HC 92.626 / RS

Deferi o pedido de liminar para evitar eventual execução provisória da pena (fls. 85-87).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 107-121).

O Ministério Público Federal, por meio de parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mário José Gisi, às fls. 123 a 128, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes. It appears to be a stylized name, possibly starting with a capital letter that is partially obscured by the first stroke.

25/03/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 92.626-6 RIO GRANDE DO SULV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): O Código Penal abriga a figura típica do furto, vale dizer, a subtração de coisa alheia móvel para si ou para outrem, cominando, como pena mínima, a pena a reclusão de um ano. Quando, todavia, o referido delito é cometido mediante o concurso de duas ou mais pessoas, o legislador o definiu tal comportamento como furto qualificado, fixando a pena mínima em dois anos de reclusão.

Também o roubo, que nada mais é do que o furto perpetrado com violência ou grave ameaça e, quando cometido em concurso de duas ou mais pessoas, é punido, não mais com a pena mínima de quatro anos de reclusão, porém com uma sanção mais severa. Nesse caso, a pena é aumentada em um terço até metade, conforme estabelece o art. 157, § 2º, do CP.

Ora, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para sancionar o furto qualificado pelo concurso de agentes, sob exame, manteve a pena do art. 155, *caput*, mas aplicou a causa de aumento contida no art. 157, § 2º, do Código Penal. Ou seja,



HC 92.626 / RS


aumentou a pena-base do furto em **um terço**, e não no **dobro**, como determina a lei.

E assim o fez considerando que "à luz dos princípios constitucionais da **proporcionalidade** e da **isonomia**, o delito de furto qualificado pelo concurso de agentes merece ser adequadamente analisado e, para tanto, deve-se considerar a forma de punição aplicada para o roubo de igual qualidade."

Data venia, a analogia in *bonam* parte levada a efeito pelo Tribunal de Justiça local, ainda que com base em respeitáveis argumentos, não se mostra de boa técnica.

Com efeito, ao interpretar ambos os institutos da lei penal, escapou aos ilustrados julgadores gaúchos que o legislador estabeleceu uma diferença entre a **qualificadora** existente no furto e a **causa de aumento de pena** prevista na hipótese de roubo.

Do ponto de vista técnico, não se pode afirmar que o legislador **aumentou** a pena do furto na hipótese de concurso de agentes. Na verdade, o furto em concurso constitui um **novo tipo penal**, pois, existindo mais de um autor ou partícipe, a lei comina uma nova pena-base para o delito.



HC 92.626 / RS

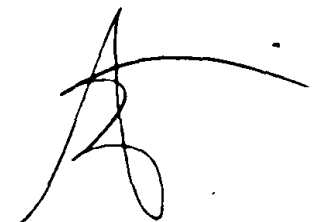
É o que explica, com a habitual maestria, Nelson Hungria:

"Estranhos ao conceito básico de furto, tornam-se elementares de particular modalidade deste, a quem a lei entendeu mesmo de cominar pena autônoma, bem mais severa que a do tipo fundamental, isto é, do chamado furto simples. Por outras palavras, segundo o critério geral, não poderiam passar de accidentalia do furto, mas a lei, destacando, no caso, para apriorístico rigor de punição, uma species do genus 'furto', considera-as, ipso facto, essentialia em relação a esta".¹

Ao contrário do que ocorre no roubo, no furto, o concurso de agentes não constitui mera circunstância agravante, mas elemento definidor de um novo tipo penal. Assim, afigura-se equivocada a assertiva da impetrante no sentido da desproporção entre um e outro aumento de pena.

É que, no caso do furto qualificado, como já dito, não há exasperação circunstancial a partir de um tipo penal básico, como ocorre no roubo, porém uma figura típica diversa para a qual se comina uma sanção autônoma.

¹ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, 1967, p. 38. v. VII



HC 92.626 / RS

Errônea, destarte, venia concessa, a assertiva de que o legislador não teria atentado para a necessária proporcionalidade entre o crime e a pena, na hipótese sob exame, pois ao criar um novo tipo penal, com a correspondente sanção, certamente levou em conta critérios de valoração, em matéria de política criminal, que não se reduzem, como observa Miguel Reale Jr., a uma mera equivalência aritmética:

*"O legislador constrói os modelos jurídicos, a partir da realidade que vem a recortar, elevando ao plano abstrato ações que constituem um todo indecomponível, cujas partes se inter-relacionam e se polarizam em torno de um sentido, de um valor, que se apresenta negado pela ação delituosa. Cabe ao legislador examinar os dados empíricos, que já possuem uma e um sentido intrínseco, objetivando e racionalizando a tipicidade imanente, construindo-a abstratamente e ajuizando-a com base em um valor que se coloca como um fim a ser alcançado".*²

A vontade do legislador, no caso do furto em concurso, foi imprimir a tal comportamento uma reprovação maior do que aquela cominada à hipótese de roubo, pois neste a possibilidade de reação da vítima já se encontra inibida pela violência ou grave ameaça, o que não ocorre na modalidade simples do primeiro delito.

² REALE Jr., Miguel, *Instituições de Direito penal*, Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 135.



HC 92.626 / RS

Conclui-se, daí, ao contrário do alegado pela impetrante, que o "aumento em dobro da pena" do art. 155, § 4º, do Código Penal não ofende os princípios constitucionais da proporcionalidade e da isonomia.

A rigor, não existe, na espécie, qualquer tema constitucional a apreciar, ser a questão sob exame ser solucionada simplesmente mediante uma leitura criteriosa dos dispositivos aplicáveis do Código Penal.

O mesmo, aliás, diga-se a respeito de outro argumento agitado no presente writ, qual seja, a impossibilidade de ser a pena majorada em virtude da reincidência, por tratar-se de verdadeiro *bis in idem*.

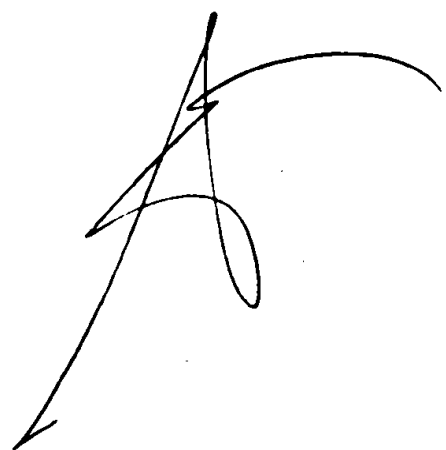
Tal alegação igualmente não procede. Isso porque é de presumir-se que o reincidente, ao voltar a delinquir, demonstra que não foi sensível à sanção criminal anteriormente imposta. Sua conduta mostra-se, portanto, mais reprovável do que a daquele que, uma vez punido, passa a respeitar as regras de convivência social. Essa é a razão pela qual o art. 60, I, do Código Penal, arrola a reincidência dentre as circunstâncias que "*sempre agravam a pena*".



HC 92.626 / RS

Não há, destarte, no aumento de pena em razão da recidiva, a punição do reincidente por fato pretérito, mas apenas a valoração de elementos subjetivos da personalidade do agente revelados pela reincidência.

Isto posto, conheço do writ, denegando a ordem no mérito.

A large, stylized handwritten mark or signature, possibly representing the initials 'A' or a similar symbol, located in the lower right quadrant of the page.

25/03/2008

PRIMEIRA TURMA

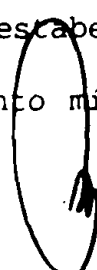
HABEAS CORPUS 92.626-6 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - É interessante a matéria. Procedeu-se a uma mesclagem, ou seja, tomou-se a pena-base do furto e se aplicou a causa de aumento do roubo, considerado o concurso de agentes, quando há uma qualificadora específica.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Criou-se o hibridismo penal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - E o mais interessante não é isso. Se percebermos a pena mínima e a máxima - considerada a qualificadora -, ela é de dois a oito anos. Evidentemente, a fixação ocorre segundo as circunstâncias judiciais do artigo 59. Já no caso do roubo, a mínima é de quatro e não dois, e a máxima é de dez e não oito, pena que, uma vez fixada segundo o artigo 59, poderá ser aumentada de um terço até a metade; a causa de aumento pode elevar a pena até mesmo acima do máximo previsto para o tipo, como a causa de diminuição pode, também, deixar a pena aquém do piso estabelecido para o tipo. É interessante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Interessante a matéria. E o Rio Grande do Sul tem reiteradamente decidido isso, porque ele faz menção a outras decisões, estabelece um critério de proporcionalidade, equidade, aplica o aumento mínimo de pena.



O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Quer dizer, a um só tempo se considerou a prática do furto e se chegou a uma causa de aumento que é específica do roubo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ele está no 155, § 4º, inciso IV, que é furto com concursos de agentes. O § 4º já é uma qualificadora majorante. Então, o que o Rio Grande do Sul tem feito? Ele tem pego a majorante, no § 4º do art. 155, e sobre ela aplicado, analogicamente, o 157, § 2º.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Não. Tomou-se por base a pena prevista para o furto simples, não o furto qualificado. E então aplicou-se a majorante do roubo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Exatamente isso. O caso aqui é de furto qualificado. Então, ele faz o seguinte: desconhece o § 4º do 155.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Praticamente criou-se uma norma penal.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ele cria uma norma. Isso deve ser daquele Desembargador Rui Portanova, ele gosta muito de fazer isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Este é um fato interessante. Havia, originalmente, duas qualificadoras: o emprego de chave falsa e o concurso de agentes. A chave falsa foi afastada, porque é preciso provar pericialmente que ela é eficaz,

isso não foi feito, então subsistiu apenas a qualificadora concurso de agente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - A única dúvida que tive foi quanto à autoria do recurso especial, mas é do Ministério Público.



*Supremo Tribunal Federal***PRIMEIRA TURMA****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 92.626-6**

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S): JORGE ALBERTO DE MONTIGNY

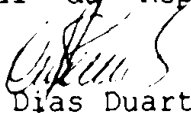
IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de **habeas corpus**. Unânime. 1ª Turma. 25.03.2008.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador