

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.406.740 - SP (2018/0316772-8)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : ALAN SANTOS DE MATOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VICTOR LUIZ OLIVEIRA DA PAZ - DEFENSOR PÚBLICO -
BA033512
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por ALAN SANTOS DE MATOS contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado De São Paulo, que inadmitiu o seu Recurso Especial.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e 3 dias-multa, como incurso no artigo 157, *caput*, do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte Estadual, a qual negou provimento à insurgência.

Interposto Recurso Especial, este não foi admitido pela Instância de origem, ensejando a presente insurgência, na qual a recorrente sustenta que os óbices indicados na decisão objurgada não incidiriam *in casu*.

Requer o acolhimento do agravo a fim de que seja admitido e provido o apelo nobre.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento parcial do recurso especial para alterar o regime inicial de cumprimento de pena estabelecida para o aberto.

É o relatório.

No Recurso Especial, a parte aponta ilegalidade na aplicação da pena-base do delito e, ainda, se insurge contra o estabelecimento do regime semiaberto para o cumprimento da pena.

A par dos fundamentos apresentados pela Corte de origem por ocasião do juízo de admissibilidade, tem-se que o recurso especial não merece seguimento.

No que se refere à apontada ilegalidade na pena-base imposta ao recorrente, cumpre destacar que este é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser fixada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Por conseguinte, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Quanto ao ponto, a Corte estadual assim se manifestou ao manter incólume a sanção inicial do delito imputado:

"A pena-base foi fixada um sexto acima do mínimo em

razão da culpabilidade elevada, pois o acusado fingiu ser paciente e simulou interesse em um orçamento para se aproximar da vítima e anunciar o roubo.

Realmente, a conduta revela dolo acima do normal, não se tratando de simples abordagem no meio da rua." (e-STJ fl. 172)

Da análise dos autos, não se vislumbra qualquer ilegalidade na decisão impugnada, especialmente em se considerando que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias pela via eleita é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante orientação pacificada neste Superior Tribunal, o que não se verifica na hipótese.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, as instâncias de origem fundamentaram concretamente a exasperação da pena-base, considerando desfavorável a culpabilidade do paciente e utilizando uma das qualificadoras que incidiram na hipótese. Todavia, não apresentaram justificativa idônea para consideração desfavorável dos antecedentes, personalidade e conduta social do paciente, bem como no tocante às consequências do crime, sendo de rigor o decote no incremento sancionatório.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 13 (treze) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 352.261/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE REDUZIDA PELA DECISÃO AGRAVADA. QUANTUM DE REDUÇÃO DA SANÇÃO PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA MAJORADO. PENA TOTAL PARA CADA DELITO: 13 ANOS E 6 MESES. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL OU AUMENTO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DA PENA PELA ATENUANTE. INVIABILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REDUÇÃO PROPORCIONAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *A jurisprudência desta Corte admite que, no homicídio duplamente qualificado, uma qualificadora seja utilizada para a formação do tipo qualificado e a outra empregada para majorar a pena-base, na primeira etapa da dosimetria da pena, ou como causa de aumento ou agravante, ficando apenas vedado o bis in idem.*
2. *Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis - motivos do crime e culpabilidade - inviável a fixação da pena-base no mínimo legal.*
3. *Não há ilegalidade na fixação da pena-base em 14 anos e 9 meses, considerando a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que representa menos de 1/6 para cada uma delas.*
4. *A decisão agravada majorou o quantum de redução da pena pela atenuante da confissão espontânea para 1 ano e 3 meses, de forma proporcional ao aumento da pena.*
5. *Agravo regimental desprovido.*
(AgRg no AREsp 1012158/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017)

Com efeito, a Corte *a quo*, atenta às diretrizes do art. 59 do Código Penal, utilizou argumentos hábeis e concretos a justificar a imposição da reprimenda básica acima do mínimo legal, considerando a dissimulação pelo fato de ter fingido se interessar por um orçamento com a finalidade de alcançar o intento criminoso, fundamento que é legítimo para a exasperação procedida, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, razão pela qual incide a Súmula n. 83/STJ à hipótese dos autos.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVADA. CULPABILIDADE. FUNDAMENTOS CONCRETOS. PREMEDITAÇÃO E PRESENÇA DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A TERCEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. *Conforme disposto na decisão ora recorrida, quanto à culpabilidade, - conduta do réu extremamente reprovável, porquanto mostrou ter uma conduta premeditada e fria ao abordar a vítima em plena via pública e em horário de grande movimentação - tem-se que o fundamento apresentado é idôneo, pois houve a apresentação de elementos atinentes ao caso em concreto aptos a justificar a negatificação de tal circunstância.*
2. *Para fins de individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso dos autos, a premeditação do crime permite, a toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior (HC n. 413.618/AP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 3/9/2018).*
3. *A culpabilidade foi corretamente avaliada como desfavorável,*

isso porque a jurisprudência desta Corte é pacífica em afirmar que "a premeditação e o preparo do crime são fundamentos válidos a exasperar a pena-base, especialmente no que diz respeito à circunstância da culpabilidade (HC n. 413.372/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 15/2/2018) - (AgRg no AREsp n. 1.279.221/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/8/2018).

4. *Válida a fundamentação empregada para valorar negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade e da circunstâncias do delito, a primeira considerando a realização de 6 disparos pelo autor, dos quais 4 atingiram a vítima, e a segunda considerando a execução em via pública, pondo em risco também a integridade física de terceiros (HC n. 420.344/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 14/8/2018).*

5. *A fixação da pena-base acima do mínimo legal, pela valoração negativa da circunstância judicial referente à culpabilidade, encontra-se devidamente fundamentada nos vários disparos efetuados em face da vítima, direcionados contra sua cabeça e seu tronco, e ainda por ter o ilícito sido praticado em via pública, durante o dia, tendo o réu agido com premeditação e frieza, demonstrando ousadia incomum para casos tais (AgInt no RHC n. 91.052/PE, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/2/2018).*

6. *Agravo regimental improvido.*

(AgRg no REsp 1753304/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 13/11/2018)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIA DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*

2. *Para fins de fixação da pena-base acima do mínimo legal, não é possível valorar negativamente a culpabilidade com argumentos abstratos e inerentes ao próprio tipo penal, em desarmonia com o disposto no art. 59 do Código Penal.*

3. *A dissimulação dos agentes, que, na espécie, passaram-se por agentes postais para invadir a residência das vítimas, e o elevado valor das coisas subtraídas constituem elementos concretos que permitem sopesar como desfavoráveis as circunstâncias e as consequências do crime.*

4. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente e do corréu em idêntica situação.*

(HC 188.894/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015)

Por fim, no tocante ao regime inicial de pena, de rigor o não conhecimento do apelo especial, tendo em vista que no HC 461.918/SP tal matéria já foi apreciada por esta Relatoria e devidamente afastada a pretensa mitigação do regime semiaberto para outro menos gravoso.

Por tais razões, afigurando-se inadmissível o apelo nobre, **conhece-se do agravo para não conhecer o Recurso Especial**, nos termos do artigo 34, VII, combinado com o artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea *a*, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se e intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

