AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.429.857 - MT (2019/0016406-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	WELINGTON CESAR DE OLIVEIRA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por WELINGTON CESAR DE OLIVEIRA em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, cuja ementa, na parte que interessa, é a seguinte (e-STJ fls. 209/210):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES DURANTE O REPOUSO NOTURNO (ART. 155, CAPUT E § Iº. C/C ART. ART. 14, INC. II, DO CP). [...] 2. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. PREMEDITAÇÃO. CULPABILIDADE ACENTUADA. [...] APELO DESPROVIDO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER.*
>
> *[...]*
>
> *2. Dc acordo com o Enunciado n°. 49 da Colenda Turma de Câmaras Criminais Reunidas. "A premeditação constitui fundamento idôneo para a majoração da pena-base em decorrência da maior culpabilidade da ação delituosa*
>
> *[...]*

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a parte recorrente violação do artigo 59 do CP. Sustenta a redução da pena-base ao mínimo legal, em razão da ausência de fundamentação idônea.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 237/243), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 245/248), tendo sido apresentado o presente agravo.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 281/287).

É o relatório. **Decido**.

O recurso merece parcial acolhida.

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

O Tribunal *a quo*, ao manter a pena-base fixada pelo juízo sentenciante, consignou (e-STJ fl. 214):

> *O preceito secundário da norma violada (art. 155. caput, do CP) prevê pena variável entre I e 4 anos de reclusão e multa, tendo o magistrado sentenciante dosado a pena-base em 2 anos de reclusão, por considerar como desfavorável a culpabilidade do apelante.*
>
> *Segundo consta na sentença atacada, A culpabilidade do réu se mostra elevada, visto que a ação foi premeditada, tendo o réu se preparado para cometer o furto, tanto que levou consigo ferramentas, além de luva aderente para facilitar a escalada, tudo no intuito de facilitar a ação criminosa, seja para adentrar no prédio, seja para tentar abrir o cofre da loja. Além disso, não se inibiu pelos constantes disparos do alarme, que eram acionados por setor, o que eleva grandemente a reprovabilidade da sua conduta, que foge aos padrões normais desse tipo de delito" (Fl. 101).*
>
> *Ao contrário do alegado nas razões recursais. bem se nota que o Juízo de primeiro grau agiu com acerto ao negativar a culpabilidade do apelante, pois os elementos constantes nos autos assinalam que ele não só premeditou o crime como se muniu de intenso aparato para atingir o intuito ilícito (furadeira, broca, chave de fenda, estilete, martelo, pé de cabra, chave de boca, alicate, luvas aderentes etc.), evidenciando o elevado grau de reprovabilidade do comportamento.*

No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Como visto dos trechos acima, a exasperação da pena-base para o crime decorreu da valoração negativa da culpabilidade, uma vez que o acusado *premeditou o crime como se muniu de intenso aparato para atingir o intuito ilícito (furadeira, broca, chave de fenda, estilete, martelo, pé de cabra, chave de boca, alicate, luvas aderentes etc.).*

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC 272.126/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC 297.450/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

No presente caso, pode haver a valoração negativa da culpabilidade para o crime, pois a premeditação, tendo o acusado se munido de intenso aparato para atingir o intuito ilícito (furadeira, broca, chave de fenda, estilete, martelo, pé de cabra, chave de boca, alicate, luvas aderentes, etc), demonstra o maior desvalor dessa circunstância, motivo pelo qual pode ser sopesada, pois aponta para maior reprovabilidade da conduta. Precedentes: HC 464.591/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019; AgRg no HC 475.858/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019; AgRg no AREsp 1334626/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 01/02/2019; AgRg no REsp 1713610/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 24/10/2018.

Dessa forma, deve ser mantido o desvalor da culpabilidade do agente.

Salienta-se que *a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada que impõe ao magistrado apontar os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime* (AgRg no HC 188.873/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013).

Nessa linha, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA USUAL FRAÇÃO DE 1/6. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*

- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- A exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. Precedentes.

- No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 pelos maus antecedentes, tendo sido considerada a existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente, quanto ao delito de roubo, para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e, quanto ao delito de corrupção de menores, de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 403.338/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem.

2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da

pena-base pelos maus antecedentes da ré.

3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.

4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1116974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL. ALTERAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e, no caso do delito de roubo, deve ser observada a gravidade do delito, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico, verificando os limites mínimo e máximo, de 4 a 10 anos de reclusão. Na hipótese, verifica-se que a majoração da pena-base pelas instâncias ordinárias mostra-se desproporcional, pois foi majorada em 1/2 com base em duas circunstâncias do crime; razoável, portanto, majorá-la em 1/6 para cada circunstância desfavorável, de acordo com o entendimento desta Quinta Turma, restando a pena-base fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

[…]

> (HC 296.562/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017).
>
> *PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, CAPUT, C.C. ART. 14, II, CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO. (2) PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. (3) PENA-BASE INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ANTECEDENTES). REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*
>
> ***2. Considerando a sanção abstrata prevista para o crime de homicídio - 6 a 20 anos -, não parece razoável a fixação da pena-base (8 anos e 6 meses de reclusão) do paciente, em decorrência da valoração negativa de apenas uma das circunstâncias judiciais (antecedentes). O decisum viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo de rigor a imposição do patamar de aumento em 1/6 (um sexto), fator que define a pena-base em 7 anos de reclusão. Esclareça-se que em razão da atenuante da confissão espontânea e da tentativa, a reprimenda fica estabelecida em 3 anos e 3 meses de reclusão.***
>
> *[...]*
>
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, bem como estabelecer o regime inicial semiaberto.* (HC 216.552/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 29/10/2013).

Conforme se observa do acórdão recorrido, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base de 1 ano, não se mostrando proporcional. Assim observados os precedentes acima mencionados, a exasperação da pena-base deve seguir a usual fração de 1/6, sendo necessária a realização de nova dosimetria da pena.

Passo à readequação da pena do acusado, mantidos os demais critérios estabelecidos na origem.

Na primeira fase, em razão do desvalor da culpabilidade, aumento a pena-base em 1/6, ficando em 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa. Na segunda fase, havendo a atenuante da confissão, fica a pena em 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, incidindo a Súmula n. 231/STJ. Na terceira fase, em razão da tentativa, diminuo a pena em 1/3, restando definitiva em 8 meses de reclusão e 7 dias-multa.

Mantido o regime inicial aberto e a substituição, como fixados na sentença condenatória, sem recurso do Ministério Público. Em razão da pena ter sido diminuída para menos de 1 ano, deve ser realizada a substituição por uma pena restritiva de direitos, conforme fixada na sentença (e-STJ fl. 130).

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "c", parte final, do RISTJ e na Súmula n. 568/STJ, **conheço** do agravo para **dar provimento parcial** ao recurso especial para redimensionar a pena do acusado para 8 meses de reclusão e 7 dias-multa, a ser substituída por uma pena restritiva de direitos, conforme fixada na sentença (e-STJ fl. 130), mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator