RECURSO ESPECIAL Nº 1.717.757 - TO (2018/0003150-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	FERNANDO DA MOTA SILVA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática do delito tipificado nos arts. 157, § 2º, I e II, c.c. art. 71 do Código Penal (roubo majorado - três vezes, em continuidade delitiva), 155, § 4º, I e IV, do Código Penal (furto qualificado) e 288 c.c. art 69 do Código Penal (associação criminosa), às penas cumuladas de 15 (quinze) anos, 1 (um) mês e 9 (nove) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 100 dias-multa, conforme a sentença às fls. 114-145.

Irresignada, a defesa apelou da sentença. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo, por acórdão assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO, FURTO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DOS DELITOS COMPROVADAS – EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA – INVIABILIDADE – DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA – REDUÇÃO DA PENA BASE – VIABILIDADE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE E DA PERSONALIDADE DO AGENTE INDEVIDAMENTE VALORADAS – PENA BASE REDUZIDA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1 - A materialidade dos delitos está confirmada pelas provas colacionadas na fase inquisitorial e judicial, não sendo objeto de irresignação no presente apelo.*
>
> *2 - A autoria do apelante em relação à prática dos fatos, ao contrário do que alega a defesa, restou devidamente demonstrada. Os depoimentos das vítimas e testemunhas ouvidas na fase da instrução não deixam dúvidas de que o acusado era um dos autores dos fatos narrados na inicial.*
>
> *3 - A presença da causa de aumento de pena, contida no §2º, inciso I, do art. 157, do Código Penal, independe da apreensão da*

> *arma, bem como de sua perícia, bastando à comprovação de sua efetiva utilização no crime.*
>
> *4 - No presente caso, os depoimentos das vítimas colhidos na instrução não deixam dúvidas sobre o emprego de armas de fogo, no momento dos fatos.*
>
> *5 - No que diz respeito à personalidade do agente (todos os crimes), verifico que ela, no presente caso, não pode ser avaliada pela documentação trazida, já que não reúne elementos para a averiguação do conjunto psíquico do réu.*
>
> *6 - Quanto à culpabilidade (crime de furto), valorada negativamente, tem-se que o seu exame foi inadequado. Para a sua utilização, ter-se-ia que estar evidenciada a reprovabilidade na conduta do réu, para além do previsto no tipo penal cuja conduta subsumiu-se, o que não se verifica na espécie na medida em que a culpabilidade do ora Apelante é aquela própria do tipo, sendo-lhe exigível, como do normal dos homens, o devido respeito às normas de conduta social, não havendo circunstância que faça especialmente reprovável a sua conduta, para além dos limites ordinários do tipo aperfeiçoado aqui.*
>
> *7 – Recurso conhecido e parcialmente provido* (fls. 273-274).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação dos arts. 59, 66 e 68 do Código Penal.

Sustenta, em síntese, que o acórdão aumentou a pena-base do roubo, sendo que as justificativas no tocante à culpabilidade e circunstâncias do crime são inerentes ao tipo penal, além de *"O nobre juízo a quo ao considerar a conduta social, se valeu de considerações vagas relativas ao seu perfil, dissociadas, em si, do fato delituoso, visto que o fato do Recorrente não ter comprovado alguma atividade laborativa, por si só, não justifica a negativação de sua conduta social"* (fl. 324).

Assevera que *"Mesmo que na mais remota possibilidade de se manter a valoração negativa da culpabilidade, circunstâncias e conduta social, a imposição de 06 anos e 03 meses para a pena-base mostra-se demasiadamente desproporcional e injusto"* (fl. 325), além das condições pessoais favorecerem o réu, o que impõe a redução de 1/2 da pena em razão da menoridade.

Alega que deve incidir a atenuante do art. 66 do Código Penal, pois inegável o estado de necessidade do réu, ou que este seja absolvido.

Contrarrazoado (fls. 332-343) e admitido parcialmente o recurso (fls. 345-348), o Ministério Público Federal opinou pelo seu desprovimento (fls. 361-364).

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

O recurso merece parcial provimento.

De início, quanto ao art. 66 do Código Penal, a matéria não foi objeto de debate no acórdão recorrido, de modo que ausente o necessário prequestionamento, a atrair a incidência da Súmula n. 282/STF.

Em relação à pena-base, no presente caso, o acórdão recorrido manteve a majoração da pena-base ante a consideração desfavorável da culpabilidade com fundamento em elementos concretos, ou seja, o uso de violência e a atrocidade na prática do delito. No tocante a este vetor, a dosimetria da pena não merece reparos.

Na fixação da pena é inviável adotar elementos genéricos e inerentes ao tipo penal, como no caso do horário e do fato de o réu não trabalhar, para considerar como desfavoráveis as circunstâncias do crime e a conduta social, com a finalidade de exasperar a reprimenda na primeira fase. Assim, deve ser afastado o acréscimo da reprimenda quanto aos referidos vetores, pois no caso, verifica-se a inexistência de condenação transitada em julgado ou mesmo de elementos concretos. A título exemplificativo, trago precedentes:

> *PENAL E PROCESSO PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. 1. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ART. 399, § 2º, DO CPP. NULIDADE DO PROCESSO. NÃO VERIFICAÇÃO. DISCIPLINA DO ART. 132 DO CPC. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 2. IMPUGNAÇÃO DE TESTEMUNHOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CPP. 3. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MATÉRIA QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. 4. DOSIMETRIA DA PENA. PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS VALORADAS DE FORMA INIDÔNEA. MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME INERENTES AO TIPO PENAL. PERSONALIDADE VALORADA ABSTRATAMENTE E COM OFENSA AO VERBETE N. 444/STJ. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS PARA ADEQUAR A DOSIMETRIA.*
>
> *[...]*
>
> *3. Quanto à alegada atipicidade da conduta imputada ao impetrante/paciente, não é a via eleita a sede apropriada para revolvimento do arcabouço probatório, pois não é possível, em habeas corpus, reverter a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias*

acerca da materialidade e da autoria por meio da análise exauriente das provas carreadas aos autos.

4. O fato de os motivos não serem morais nem sociais é circunstância inerente à quase totalidade dos delitos. Igualmente, a circunstância de trabalhar sob a confiança da vítima, me parece inerente ao tipo de apropriação indébita, uma vez que, em regra, não se entrega bem ou valor à posse ou detenção de pessoa que não se tem confiança. Igualmente, o exame da personalidade exige elementos concretos, vedada a utilização de inquéritos e ações em andamento, conforme dispõe o verbete n. 444 da Súmula desta Corte.

5. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para redimensionar a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e 18 dias multa, mantidos os demais termos da sentença* (HC 280.592/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 08/09/2015).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL INDEVIDA. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E ALHEIA ÀS ELEMENTARES DO TIPO PENAL INCRIMINADOR. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judicial acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Hipótese na qual a sentença condenatória reconheceu serem desfavoráveis ao réu as vetoriais culpabilidade, conduta social, personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime.

4. A culpabilidade, para fins de exasperação da pena-base, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não do delito. Por certo, a consciência acerca da natureza delitiva da conduta, por si só, não constitui fundamento válido para o incremento da básica, devendo, pois, ser afastado o aumento correspondente à culpabilidade do réu.

> *5. A conduta social do réu foi negativamente sopesada em razão do seu envolvimento em ato violência doméstica, na qual lhe fora imposta medida protetiva de urgência. Ora, se a existência de sentença condenatória ainda não transitada em julgado, conforme o entendimento consolidado na Súmula/STJ 444, não justifica o aumento da pena-base a título de conduta social, a imposição de medida protetiva ao acusado, em fase pré-processual, não constitui, por consectário, fundamento válido para exasperação da pena-base.*
>
> *6. Em relação à personalidade do réu, verifica-se não ter sido declinado qualquer fundamento concreto para desaboná-la, mostrando-se incorreta a sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.*
>
> *7. No que tange aos motivos do crime, foi afirmado que o réu praticou a conduta com o fim de "adquirir dinheiro para continuar gastando num pagode em que se encontrava". Tal fundamentação, deveras, não pode ter tida por idônea, pois a obtenção de ganho fácil é inerente ao crime de roubo.*
>
> *8. No que se refere às circunstâncias do crime, igualmente, é de rigor o o seu afastamento, já que a prática do crime durante o dia, em via pública, não denota a maior gravidade da conduta. Mais: a idade da vítima já restou valorada na segunda etapa do critério trifásico, justificando o aumento da pena, com fulcro no art. 61, II, "h, do Código Penal, não podendo tal circunstância ser novamente ponderada para o incremento da básica, sob pena de incorrer o julgador em indevido bis in idem.*
>
> *9. Deve ser reconhecida a inexistência de motivação concreta e alheia às elementares do crime de roubo que sirva de suporte à valoração negativa das circunstâncias judiciais, razão pela qual a reprimenda deve ser estabelecida no mínimo legal, qual seja, quatro anos de reclusão.*
>
> *10. Writ não conhecido e ordem concedida, de ofício, tão somente para estabelecer a pena-base no mínimo legal, determinando que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, como entender de direito* (HC 384.363/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/3/2017).

Ademais, cabível o aumento de 1/6 em razão de cada circunstância judicial desfavorável. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.500.080/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 09/05/2018.

Por outro lado, não é viável a aplicação da fração de 1/2 na segunda fase da dosimetria, ante a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal, nos termos do enunciado n. 231 da Súmula desta Corte.

Portanto, merece reforma a decisão quanto à dosimetria da pena, apenas no referente à conduta social e circunstâncias do crime, conforme a seguir:

Afastadas as duas circunstâncias acima e sendo desfavorável um vetor, fixo a pena-base no patamar proporcional de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Na fase intermediária, conforme o acórdão, ausentes agravantes e presente a atenuante da menoridade, aplico a mesma fração de 1/6 e fixo a pena no patamar mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, em observância à Súmula n. 231/STJ.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e presentes duas majorantes, aplico a mesma fração de 3/8 estabelecida na sentença e fixo a pena em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 13 dias-multa.

Diante do reconhecimento da continuidade delitiva na prática dos crimes de roubo, aplico a mesma fração de 1/5 que foi mantida no acórdão ficando as penas em 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 15 dias-multa.

Mantidos os demais termos do acórdão.

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para redimensionar a pena fixada ao recorrente pelos crimes de roubo, nos termos da fundamentação acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator