RECURSO ESPECIAL Nº 1.770.954 - RO (2018/0263261-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	MOISES DE SOUZA SARAIVA
ADVOGADO	:	LEONY FABIANO DOS SANTOS TAVARES - RO005200
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

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 Rondônia.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, c.c. art. 70 do Código Penal (roubo majorado - duas vezes), às penas de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 31 dias-multa, conforme a sentença às fls. 138-145.

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

> *Apelação criminal. Roubo qualificado. Negativa da autoria. Elementos probatórios. Absolvição. Impossibilidade. Desclassificação para furto mediante fraude ou roubo simples. Não configurados. Exclusão da causa de aumento uso de arma. Inviabilidade. Redução da pena-base. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Desprovimento.*
>
> *A simples negativa da autoria, não induz à absolvição, quando há outros elementos probatórios da prática do delito pelo agente.*
>
> *Não há que se falar em desclassificação do delito; nem exclusão da causa de aumento, se ficou configurado nos autos o concurso de agentes e uso de arma de fogo.*
>
> *É entendimento jurisprudencial, inclusive do STF, de que presente uma só circunstância judicial desfavorável já é suficiente para elevar a pena-base de seu mínimo legal* (fl. 278).

Os embargos infringentes opostos pelo corréu foram desacolhidos (fls. 380-385).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação dos arts. 157 do Código Penal e 155 do Código de Processo Penal.

Sustenta, em síntese, que a condenação não pode se basear somente nas

provas produzidas na fase de inquérito, sendo que o réu não participou do delito *"pode-se observar nos próprios autos que em nenhum momento dos fatos relatados existem provas concretas de que MOISES tem envolvimento qualquer que seja com a conduta do outro acusado, ou que estavam mancomunados, inclusive em todos os depoimentos colhidos na fase de Inquérito Policial, em momento algum fica demonstrado o envolvimento de MOISES, pois não existem, fotos, relatórios de diligências, ordem de missão, ordem de investigação e etc. expedida pelo delegado", simplesmente nada capaz de provar o vínculo de MOISES com o Sr. Andre Alexandre na suposta acusação"* (fl. 336).

Alega que o réu é primário e de bons antecedentes, sendo a que pena-base foi demasiadamente exacerbada.

Requer seja fixado o regime semiaberto ou aberto, concedida a conversão da pena corporal e o direito de recorrer em liberdade.

Contrarrazoado (fls. 405-412) e admitido o recurso (fl. 415), o Ministério Público Federal opinou pelo seu desprovimento do recurso e concessão de ordem de ofício para redimensionar a pena-base (fls. 441-448).

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

A irresignação merece parcial provimento.

Quanto à pretendida absolvição, para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, seria inevitável o reexame das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. A referida vedação encontra respaldo no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, *verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".*

Nesse sentido, confiram-se:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 28 E 33, AMBOS DA LEI N.º 11.343/06 E AO ART. 386, VII, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PRÓPRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

> *1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado.*
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento* (AgRg no AREsp 871.789/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 14.6.2016).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. AUTORIA E MATERIALIDADE. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. CONCURSO FORMAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE. CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. O Tribunal a quo, ao apreciar as provas, concluiu pela comprovação da autoria e materialidade delitivas, de modo que entender de forma diversa, como pretendido, demandaria o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável, assim, a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.*
>
> *2. Do mesmo modo incide o referido verbete sumular quanto à pretensão de se reconhecer a ocorrência de apenas um crime. Com efeito, para se entender de forma diversa do v. aresto recorrido, imprescindível o reexame das provas, o que não se viabiliza em recurso especial.*
>
> *3. Tendo o Tribunal de origem consignado que restou configurada a restrição de liberdade, considerando como circunstância judicial desfavorável, não procede a alegação de que só mantiveram as vítimas sobre seu poder apenas durante o período do cometimento do crime.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido* (AgRg no AREsp 1.307.858/DF, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe 15/2/2016)

O acórdão recorrido manteve a majoração da pena-base ante a consideração desfavorável da culpabilidade com fundamento em elementos concretos, ou seja, o uso da arma da corporação na prática do delito e o comportamento social do réu. No tocante a este vetor, a dosimetria da pena não merece reparos.

Por outro lado, na fixação da pena é inviável adotar elementos genéricos e inerentes ao tipo penal ou utilizar, como no caso, o mesmo fundamento do comportamento social para considerar como desfavorável a conduta social do agente com a finalidade de exasperar a reprimenda na primeira fase, sob pena de *bis in idem*. Assim,

deve ser afastado o acréscimo da reprimenda quanto à conduta social, pois no caso, tem-se a inexistência de condenação transitada em julgado e os elementos concretos existentes foram valorados na análise da culpabilidade. 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).

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DELITO COMETIDO EM*

ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA VALORADA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. DROGA POUCO PERNICIOSA E EM PEQUENA QUANTIDADE (85G DE MACONHA). AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS E CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NO ARTIGO 40 DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. COMPATIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A circunstância de o delito ter ocorrido nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais já configura causa de aumento do tipo penal, não podendo ser utilizada para aumentar a pena base, sob pena de configurar bis in idem. Precedente.

3. Considerando o disposto no art. 59 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas, e tratando-se de pequena quantidade de droga de natureza pouco perniciosa (85 gramas de maconha), é desproporcional e desarrazoado o aumento da pena-base, visto que não há outras circunstâncias desfavoráveis. Precedente.

4. Não há previsão legal para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando presentes causas de aumento previstas no art. 40 da Lei de Drogas, ainda mais quando cumpridos os requisitos legais para a incidência da minorante (primariedade, bons antecedentes, não exercer atividade criminosa e nem participar de organização criminosa).

5. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 20 dias de reclusão, sendo primária a agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (85g de maconha), nos termos do art. 33 do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, a paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, notadamente quando surpreendida na posse de quantidade não expressiva de entorpecente.

7. Habeas Corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a pena da paciente para 2 anos e 20 dias de reclusão, e 200 dias-multa, para cumprimento inicial em regime aberto, convertendo a pena corporal em restritivas de direitos, a ser definida pelo Juízo da Execução* (HC 351.362/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10.5.2016).

Portanto, merece reforma o acórdão quanto à dosimetria da pena, apenas no referente à conduta social do agente, 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 6 (seis) meses de reclusão

e pagamento de 11 dias-multa.

Na fase intermediária, conforme a sentença, ausentes agravantes ou atenuantes, mantenho a pena nesse mesmo patamar.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e presentes duas majorantes, aplico a mesma fração de 1/3 estabelecida na sentença e fixo a pena em 6 (seis) anos de reclusão e 14 dias-multa.

Diante do reconhecimento do concurso formal de crimes, aplico a mesma fração de 1/6 que foi mantida no acórdão e fixo as penas em 7 (sete) anos de reclusão e 17 dias-multa.

Ficam 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, nos termos da fundamentação acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator