RECURSO ESPECIAL Nº 1.803.236 - PA (2019/0076145-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE	:	IRANILDO NUNES MESQUITA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que negou provimento ao recurso da defesa, mantendo a sentença condenatória pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão e 38 dias-multa.

Sustenta o recorrente violação do art. 59 do Código Penal, ao argumento de serem inidôneos os fundamentos utilizados para a valoração negativa da culpabilidade e das circunstâncias do delito na exasperação da pena-base.

Requer o provimento do recurso para que sejam afastadas as referidas vetoriais, com a consequente redução da pena.

Contrarrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

O objeto do presente recurso diz respeito ao apenamento fixado na primeira fase da dosimetria da pena, ao argumento de que os fundamentos utilizados para o desvalor da culpabilidade e das circunstâncias do delitos seriam inidôneos.

Manifestou-se o Tribunal *a quo*, quanto às referidas questões, nos seguintes termos (fls. 181/184):

> A presente apelação foi interposta em consonância com os pressupostos e condições para sua admissibilidade. Assim, conheço do recurso e passo a análise do mérito recursal.
>
> A defesa pleiteia a reforma da decisão no sentido de reanalisar as circunstâncias do art. 59 do CP e reduzir a pena base aproximando-a do mínimo legal.
>
> Verifico que o Magistrado *a quo,* **valorou negativamente 03 circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, quais sejam, culpabilidade, circunstâncias e conseqüências do crime, motivo pelo qual aplicou a pena base em 06 anos de 03 meses de reclusão e 30 dias multa.**
>
> **A culpabilidade**, diferente do alegado pela defesa, foi valorada negativamente **em virtude da premeditação** por parte do réu ao cometer o crime, o que eleva a reprovabilidade de sua conduta, considerando que houve um planejamento antecipado para a prática criminosa, o que plenamente

justifica a analise negativa feita pelo magistrado *a quo*, assim como autoriza a exasperação da pena base.

Ressalte-se que a culpabilidade descrita no art. 59 do CP não se confunde com o próprio pressuposto da aplicação da pena. Neste primeiro momento da dosimetria da pena, a culpabilidade se refere ao grau de censura da ação ou omissão do réu, o qual deve ser valorado a partir da existência de um plus de reprovação social na sua conduta, podendo ser considerada neutra ou desfavorável ao réu. Tal circunstância possui o condão de elevar substancialmente o quantum da pena base, dependendo do grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo réu.

Desta forma, a culpabilidade deve ser mantida como desfavorável ao réu.

Com relação as circunstâncias do crime, o Magistrado de 1º grau entendeu como desfavorável **considerando o concurso de pessoas e o emprego da arma de fogo**, sendo bem enfatizado pelo julgador que neste momento **somente uma das circunstâncias seria levada em consideração, uma vez que a outra qualifica o crime.** Portanto, a análise feita pelo Julgador de Iº grau não merece reforma.

As conseqüências do crime foram consideradas desfavoráveis, uma vez que não houve a recuperação dos pertences da vítima. **A análise merece reforma, tendo em vista que a não recuperação da res furtiva é conseqüência esperada e inerente aos crimes praticados contra o patrimônio, desta forma, a circunstância merece ser considerada neutra.**

[...]

Após a análise das circunstâncias do art. 59 do CP, verifica-se que houve a necessidade de correção de apenas 01 vetor judicial, qual seja, as conseqüências do crime, de forma que tal correção, não implica na redução da pena base aplicada pelo magistrado *a quo*, considerando que existem outras duas circunstâncias desfavoráveis ao réu e pena aplicada pelo julgador de 1º grau, pouco se afastou da pena base, pelo que a considero justa, mesmo havendo a correção mencionada.

Em sendo assim, mantenho a pena base em 06 anos e 03 meses de reclusão e 30 dias multa na base de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Na segunda fase da dosimetria, verifica-se circunstância atenuante previstas no art. 65, I, primeira parte do CP, ou seja, o réu era menor de 21 anos de idade ao tempo do crime, razão pela qual a pena foi atenuada em 01 ano de reclusão e 05 dias multa.

Inexistem circunstâncias agravantes, pelo que a pena intermediária restou em 05 ano e 03 meses de reclusão e 25 dias multa.

Na terceira fase da dosimetria, não se verificou causas de diminuição de pena. Resta, porém, verificada a existência de causa de aumento de pena, prevista no inciso II do §2° do art. 157 do CPB, pelo que a pena foi aumentada em 1/3, passando a 07 anos de reclusão e 33 dias multa.

O Magistrado a quo, reconheceu o concurso de crimes, previsto no art. 70 do CP e aumentou a pena em 1/6, passando a valora-la em 08 anos e dois meses de reclusão e 38 dias multa, a qual tornou definitiva e final.

Quanto à *culpabilidade*, observa-se que o fundamento da premeditação é apto a justificar o recrudescimento da pena, por evidenciar maior

reprovabilidade da conduta, conforme jurisprudência firmada por esta Corte, não havendo motivo, portanto, para afastá-la: AgRg no HC 373.415/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 27/03/2017, HC 295.911/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 17/06/2016, HC 221.761/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 14/06/2013.

A pena-base foi ainda exasperada pela valoração negativa das circunstâncias do delito, tendo o magistrado considerado, nessa primeira fase, uma das majorantes do roubo – o emprego de arma –, sendo a outra – o concurso de agentes – utilizada para majorar o roubo na terceira fase.

Com efeito, a inclusão de majorante sobejante como vetorial gravosa na pena-base é prática admitida nesta Corte, conforme se infere dos seguintes precedentes:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. MAJORANTE SOBEJANTE. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. Legítima a consideração das circunstâncias do delito como desfavoráveis, pelo emprego de arma, porquanto a inclusão da majorante sobejante como vetorial gravosa na pena-base é prática majoritariamente admitida nesta Corte. Precedentes.
> [...]
> 3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 1139589/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 15/05/2018).
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. USO DE UMA MAJORANTE COMO FUNDAMENTO PARA EXASPERAR A PENA-BASE. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS NOVOS UTILIZADOS PELO TRIBUNAL DE APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> [...]
> 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, é plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes (AgRg no REsp 1551168/AL, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 02/03/2016). Precedentes.

> [...]
> 4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1075013/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017).

Nota-se no acórdão, contudo, que a Corte de origem afastou a circunstância judicial referente às consequências do delito, sem, contudo, reduzir a pena-base fixada, por considerar justa a pena final aplicada, o que, diante da flagrante ilegalidade, reconheço de ofício.

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se, com a apreciação do apelo defensivo, o órgão revisor afastar alguma circunstância judicial, impõe-se a redução respectiva da sanção inicial. Nesse sentido:

> RECURSO ESPECIAL. RESISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO, DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ARGUMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
> [...]
> 3. Embora a Corte de origem, em recurso exclusivo da defesa, tenha afastado a desfavorabilidade da circunstância judicial relativa aos motivos do delito (sopesando-a, então, favoravelmente ao recorrente), deixou de proceder à respectiva redução na reprimenda, motivo pelo qual se mostra de rigor a diminuição da pena-base nesse ponto, sob pena de ofensa ao princípio do ne reformatio in pejus e da proporcionalidade.
> 4. Recurso especial provido, a fim de diminuir para o mínimo legal a pena-base imposta ao recorrente em relação ao crime previsto no art. 12, c/c o art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/1976 e, consequentemente, tornar definitiva a reprimenda do acusado, em relação a esse ilícito, em 4 anos de reclusão e pagamento de 66 dias-multa. De ofício, por força do art. 61 do Código de Processo Penal, é declarada extinta a punibilidade do recorrente, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, em relação a ambos os crimes, com fundamento no art. 107, IV, c/c os arts. 109, IV e VI (com redação anterior à Lei n. 12.234/2010) e 110, § 1º, todos do Código Penal (REsp 859.251/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015).

Cabe, portanto, o redimensionamento da penas.

Observa-se que, das três circunstâncias judiciais consideradas de forma desfavorável pelo sentenciante, apenas duas foram mantidas pelo Tribunal (culpabilidade e circunstâncias do delito), razão pela qual, utilizando os mesmos critérios adotados no acórdão recorrido, reduzo a pena-base, proporcionalmente, a 5 anos e 6 meses de reclusão e 25 dias-multa. Na segunda fase, a pena foi atenuada em 1 ano de reclusão e 5 dias-multa, em razão da menoridade relativa, resultando em 4 anos e 6 meses de reclusão e 25

dias-multa, a qual se aumenta em 1/3, na terceira fase, em razão da majorante, totalizando 6 anos de reclusão e 33 dias-multa. Por fim, em razão do concurso formal, aumenta-se a pena em 1/6, tornando-se definitiva, portanto, em 7 anos de reclusão e 38 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, mesmo com a redução ora implementada, mantém-se o regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial, mas concedo *habeas corpus* de ofício para reduzir a pena fixada ao recorrente a 7 anos de reclusão e 38 dias-multa, mantido, no mais, o acórdão recorrido.

Intimem-se.

Publique-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator