AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.446.366 - BA (2019/0044237-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	REINAN SILVA DE JESUS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **REINAN SILVA DE JESUS** de decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, *caput*, do Código Penal, em concurso formal, às penas de 5 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 17 dias-multa.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 14, II e 70 ambos do Código Penal.

Afirma que: a) "a interrupção dos atos executórios, na espécie, impediu a consumação do delito, caracterizando, pois, a modalidade tentada da infração penal, razão pela qual merece reforma o acórdão vergastado a quo em obediência ao art. 14, II do CP"; b) deve ser afastado o aumento em 1/6 na dosimetria pelo concurso formal de crimes pois "ao adentrar na loja, fazia parte do seu plano delitivo, constituindo-se em desdobramento natural do seu dolo, atacar os patrimônios de quem lá se encontrasse, praticando um único delito de roubo contra sujeitos distintos;" c) "o juízo de primeiro grau considerou a causa geral de aumento prevista no art. 70 do Código Penal na dosimetria da pena. Assim, na sentença ocorreu definição jurídica diversa aos fatos da denúncia, e o recorrente foi condenado por um crime mais gravoso sem realizar essa defesa ao longo de toda instrução. Ora, Excelências, o crime foi praticado pelo recorrente contra duas vítimas, nas mesmas circunstâncias e contexto fático, entende-se que ocorreu um crime único com dupla subjetividade passiva. Considerar que houve um concurso formal não é uma dedução lógica, tanto que não foi arguido pela acusação" d) o regime fixado deverá ser o semiaberto por inexistir certidão transitada em julgado em desfavor do agravante.

Requer, o provimento do recurso para que seja reconhecida a tentativa do delito, afastamento do concurso formal e consequentemente, diminuição da reprimenda e modificado o regime inicial de cumprimento da pena.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 235-243), o recurso foi inadmitido com fundamento nas Súmulas 7, 83, ambas do STJ e 284 do STF (e-STJ, fls. 245-247). Daí este agravo (e-STJ, fls. 251-262).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do agravo (e-STJ, fls. 288-296).

É o relatório.

Decido.

O Tribunal de origem não acolheu a tese de tentativa de roubo, com a seguinte fundamentação:

> "O Recorrente pugna pelo reconhecimento da tentativa, ao fundamento de que a posse da res furtiva ocorreu por exíguo espaço

de tempo, insuficiente para a consumação do crime de roubo capitulado no art. 157, caput, da Cártula Repressora.

O desiderato autoral, no entanto, não merece albergamento, na esteira do verbete sumular no 582 do Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula 582: "Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada"

No caso sub oculi, ressoa inequívoca a prática do crime de roubo por parte do Apelante, pois a prova encartada nos autos demonstra que, logo após ter assaltado duas vítimas, fora encontrado por policiais militares com a guarda dos três aparelhos celulares subtraídos, circunstância que, por si só, configura a consumação delitiva, porquanto caracterizada a inversão da posse dos bens, ainda que tenha ocorrido por exíguo lapso temporal.
Demais disso, as testemunhas de acusação ouvidas em Juízo, policiais militares responsáveis pela condução e prisão do réu, afirmaram que, tão logo tiveram ciência por transeuntes e pela CICON do citado roubo, se deslocaram para o local e obtiveram êxito na captura daquele, que, por sua vez, estava com os celulares das vítimas, os quais foram devolvidos a estas, após o efetivo reconhecimento da respectiva autoria do crime.
Como bem pontuado pela douta Procuradoria de Justiça, em seu opinativo de fls. 13/17, "compreende-se que o momento consumativo do roubo tem lugar com a mera saída do bem da esfera de disponibilidade da vítima, vale dizer, com a simples inversão da posse.
Partindo dessa premissa, tem-se que a empreitada criminosa restou perfectibilizada, uma vez que o Apelante, após simular estar armado, determinou que as vítimas entregassem seus aparelhos celulares e evadiu em poder da res furtiva, não logrando êxito na fuga, apenas porque foi perseguido e interceptado por milicianos que estavam nas proximidades e foram acionados pelas jovens. Importa destacar que, quando da captura, o réu estava na posse dos objetos vilipendiados, corroborando a tese acolhida na sentença nesse aspecto. A nosso sentir, levando-se em conta que a exiguidade de tempo da posse do acusado é irrelevante para fins de caracterização da consumação delitiva da espécie em voga, merece repúdio, também por esse viés, a via recursal manejada, revelando-se acertada a condenação tal como proferida".
Destarte, o fato de os pertences subtraídos terem sido apreendidos e devolvidos às vítimas após a prisão do Apelante, não afasta a efetivação do delito, porquanto a posse, mesmo que momentânea e o emprego de grave ameaça para assegurar o êxito da empreitada criminosa, obstam a desclassificação para o roubo tentado.
Seguindo essa trilha intelectiva, se afigura inconfundível a consumação e o exaurimento da infração criminal, visto que, ao subtrair os objetos com a posse, mesmo que fugaz, e se utilizar de ameaça que impossibilitou a resistência das vítimas, o delito tipificado no caput do art. 157 efetivamente se consumou, diferentemente do exaurimento, que se confirma com a posse definitiva almejada pelo agente.
[...]." (e-STJ, fls. 203-205, grifou-se).

O entendimento perfilhado pelo Tribunal de origem está em consonância

com a jurisprudência desta Corte, uma vez que não há que se falar em desclassificação da conduta para a modalidade tentada, pois, nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, "consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada". Mais recentemente, em 14/9/2016, a Terceira Sessão aprovou a Súmula 582, com a mesma redação.

No caso, houve o emprego da grave ameaça e os objetos subtraídos apesar de devolvidos à vítima foram apreendidos com o agravante, assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e decidir pela desclassificação para roubo na forma tentada, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

No tocante à alegação de que houve definição jurídica diversa aos fatos da denúncia, a Corte de origem assim se pronunciou:

> "II- DA *EMENDATIO LIBELLI.*
> Sustenta a defesa que, ao ser atribuída uma nova definição do fato descrito na exordial acusatória, nos termos do art. 383 do CPP, caberia à Julgadora de piso oportunizar-lhe o direito de se manifestar acerca de tal decisão, de modo que, não o fazendo, infringiu o princípio do contraditório.
> Pois bem, estabelece o suso dispositivo que "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave" (art. 383 do CPP).
> **Consabido, esta prerrogativa de que dispõe o Magistrado, se adotada, não o obriga a comunicar, previamente, às partes, notadamente a defesa, porque esta deve elaborar sua tese com base na descrição dos fatos insertos na denúncia, que, a propósito, no caso em comento, mostrou-se bastante minuciosa em sua narrativa, demonstrando, de forma hialina, o crime de roubo perpetrado contra duas vítimas distintas, sendo lesionados patrimônios diferentes, daí porque a incidência do art. 70 do Código Penal, como acertadamente reconheceu o douto Juízo primevo.**
> Nessa senda, importante destacar que, ao contrário da *mutatio libelli* (art. 384 do CPP), onde uma nova definição jurídica decorre de dado ou circunstância não contida na acusação, **a *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), apenas, confere aos fatos capitulação diversa da vestibular incoativa, com base exclusivamente nos elementos nela descritos, razão pela qual torna-se despicienda a intimação prévia da parte acusada, na medida em que não houve aditamento da exordial.**
> **Claro, portanto, que a emenda judicial, reconhecendo a existência de concurso formal e, por consequência, acrescendo à pena o mínimo legal inserto no art. 70 do CP, operou-se em conformidade com o devido processo legal, não havendo que se falar em violação ao princípio do contraditório, até porque o Apelante, como dantes exposto, teve a chance de refutar os fatos sumariados na peça inaugural, eis que descritos pormenorizadamente, de modo a facilitar a interpretação da**

> **caracterização do delito em voga.**
> **Assente tal entendimento, repise-se que o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados e não da capitulação a eles conferida, por isso prescinde de intimação da defesa a admissão da *emendatio libelli*"** (e-STJ, fls. 208-209, grifou-se).

Quanto ao ponto, verifica-se que o aresto objurgado foi proferido em sintonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, a parte defende-se dos fatos e não da capitulação indicada na denúncia, assim no caso, o reconhecimento do concurso formal estava devidamente descrito na inicial acusatória "não havendo que se falar em violação ao princípio do contraditório, até porque o Apelante, como dantes exposto, teve a chance de refutar os fatos sumariados na peça inaugural, eis que descritos pormenorizadamente, de modo a facilitar a interpretação da caracterização do delito em voga."

No mesmo sentido:

> "[...]
> 1. No sistema processual penal brasileiro, o réu se defende da imputação fática e não da *imputatio juris*. Desse modo, tratando-se de *emendatio libelli* e não *mutatio libelli*, mostra-se desnecessária a observância das disposições do art. 384 do Código de Processo Penal.
> [...]
> 6. Agravo regimental parcialmente provido."
> (AgRg no REsp 1.531.039/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 26/10/2016).

> "[...]
> I - Em nosso sistema processual penal, o réu se defende da imputação fática e não da *imputatio iuris*. Nessa linha, o Código de Processo Penal pátrio permite que na sentença se considere na capitulação do delito dispositivo legal diverso do constante na denúncia, ainda que se tenha que aplicar pena mais grave. Não há no caso uma *mutatio libelli* mas, simplesmente, uma corrigenda da peça acusatória (*emendatio libelli*). Tal providência por parte do juiz (ou do Tribunal de Justiça, como no caso, na oportunidade do julgamento do apelo interposto pelo Ministério Público) não acarreta qualquer nulidade. Além disso, para a *emendatio libelli*, é prescindível o procedimento previsto no art. 384 do CPP aplicável somente a *mutatio libelli* pela razão lógica de a nova qualificação jurídica decorrer de circunstância elementar não descrita na proemial. Precedentes.
> II - *In casu*, o que ocorreu foi nada mais que nova classificação do delito, decorrente, unicamente, dos fatos narrados na denúncia.
> III - É vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a quaestio veiculada no recurso, inovando questões não suscitadas anteriormente.
> Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no REsp 1.592.657/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/09/2016).

> "[...]

> 1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.
> 2. Havendo adequada descrição dos fatos na exordial acusatória - como ocorre na hipótese -, não há ofensa ao referido postulado quando o magistrado, autorizado pela norma contida no artigo 383 do Código de Processo Penal, lhes atribui definição jurídica diversa da proposta pelo órgão acusatório.
> (...)
> 3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para restabelecer a pena imposta ao paciente na sentença condenatória, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa."
> (HC 284.546/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 08/03/2016).
>
> "[...]
> 1. Não havendo modificação quanto ao fato descrito na exordial acusatória, pode o magistrado dar nova classificação jurídica ao fato definido na denúncia ao prolatar a sentença (*emendatio libelli*), prescindindo de aditamento da peça exordial ou mesmo de abertura de prazo para a defesa se manifestar, já que o réu se defende dos fatos narrados pela acusação e não dos dispositivos de lei indicados. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ.
> 2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não tem o condão de afastar o efeito disposto no artigo 92 do Código Penal, uma vez que a perda do cargo não está adstrita à efetiva privação da liberdade do réu. Aplicação da Súmula 83/STJ.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (AgRg no AREsp 745.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA,SEXTA TURMA,DJe 14/12/2015).

Em relação ao *quantum* de aumento pelo concurso formal, consta no aresto impugnado:

> "Sobreleva notar que, conforme testificado na denúncia e nos depoimentos colhidos na instrução processual, o acusado, em um único contexto fático, subtraiu bens pertencentes a duas vítimas diversas, ao abordá-las no centro da cidade, mediante grave ameaça, para se apossar de seus aparelhos celulares, conduta esta que evidencia, iniludivelmente, a ocorrência de concurso formal próprio, não merecendo acolhida a insurgência do Recorrente.
> Portanto, aumentando a sanção basilar (04 anos e 09 meses de reclusão) no patamar mínimo do sobredito dispositivo legal (1/6), alcança-se o montante de 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 15(quinze) dias de reclusão, passando esta a ser a pena definitiva aplicada ao Apelante." (e-STJ, fls. 212-213).

Como é cediço, a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe

permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Destarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "o percentual de aumento decorrente do concurso formal de crimes (art. 70 do CP) deve ser aferido em razão do numero de delitos praticados, e não à luz do art. 59 do CP [...]" (HC 136.568/DF, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 13/10/2009).

Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. (AgRg no REsp 1169484/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 16/11/2012).

No caso, reconhecida a prática de dois crimes deverá ser mantida a fração de 1/6 adotada pelas instâncias ordinárias.

Por fim, a alegação de inexistir certidão transitada em julgado em desfavor do agravante, verifico que a Corte de origem não se manifestou neste sentido, não havendo sequer prequestionamento da matéria nem a interposição de embargos de declaração por parte da defesa no Tribunal de origem, incidindo neste ponto a súmula 282/STF. Ademais, não se verifica flagrante ilegalidade diante da existência de circunstância judicial desfavorável a qual permitiria a fixação de regime prisional mais gravoso.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC c/c art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator