AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.455.554 - BA (2019/0056389-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	RILTON DE JESUS DA SILVA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por RILTON DE JESUS DA SILVA contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que inadmitiu seu recurso especial.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 30 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, na forma do art. 70, ambos do Código Penal.

Inconformada, a defesa apelou perante a Corte estadual, a qual deu parcial provimento ao recurso a fim de redimensionar a reprimenda para 6 anos e 2 meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

Interposto recurso especial com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, esse não foi admitido pela instância de origem, ensejando a presente insurgência, na qual o agravante sustenta que os óbices indicados na decisão objurgada não incidiriam na hipótese dos autos.

Requer o provimento do agravo a fim de que seja admitido e provido o recurso especial.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão agravada

É o relatório.

Extrai-se da petição de recurso especial que a defesa sustenta violação ao art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, aos arts. 14, inciso II, e 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal e ao art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, pretendendo, em síntese, o afastamento da valoração negativa dos motivos do crime, a redução da pena aquém do mínimo, em razão da aplicação da atenuante da confissão espontânea, e a exclusão da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP.

A par dos fundamentos declinados pelo Tribunal *a quo* por ocasião do juízo de admissibilidade ali realizado, constata-se que o recurso especial interposto merece parcial provimento.

Inicialmente, quanto à suposta violação ao art. 5º, inciso LVII, da CF/88, é firme a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior em que *"a violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se quaestio afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal"* (AgRg no REsp 1240388/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 05/09/2014).

A propósito:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OFENSA A*

DISPOSITIVOS DA CF/88. INCOMPETÊNCIA DO STJ. GRAVAÇÃO DE CONVERSA PELA GENITORA. PODER-DEVER DE PROTEÇÃO DO FILHO MENOR. PROVA LÍCITA. PRODUÇÃO PROBATÓRIA DEFENSIVA. PLEITO EXTEMPORÂNEO. INDEFERIMENTO. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ.

*I - **A esta Corte Superior de Justiça cabe a interpretação e uniformização do direito infraconstitucional federal, não cabendo análise de violação de dispositivo constitucional, sob pena de usurpar a competência do Pretório Excelso, a quem compete decidir sobre matéria constitucional, nos termos do art. 102, III, a, da Constituição Federal, não havendo o que se retratar, bem como prover tal pleito, pelo que mantém a decisão.***

[…]

(AgInt no REsp 1712718/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 30/04/2018)

Com relação aos pleitos de afastamento da circunstância judicial dos motivos do crime e de exclusão da majorante do emprego de arma, verifica-se que as razões recursais estão dissociadas da prescrição legal contida na legislação federal indicada como ofendida, circunstância que evidencia a deficiência na fundamentação do recurso e impossibilita o seu conhecimento, em virtude do óbice expresso na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. OFENSA AOS ARTS. 49, CAPUT E § 1º, 59 E 69, TODOS DO CP. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. TESE JURÍDICA QUE NÃO ENCONTRA GUARIDA NAS NORMAS MENCIONADAS COMO VIOLADAS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. REVISÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NA CORTE DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Aplica-se, por analogia, o enunciado 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal quando o recorrente aponta dispositivos de lei que possuem comando legal dissociado das razões recursais a eles relacionadas, impossibilitando a compreensão da controvérsia.

[…]

(AgRg no AREsp 1156144/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. ARGUMENTAÇÃO RECURSAL DISSOCIADA DOS ARTIGOS APONTADOS. SÚMULA 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. TESE DE DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA RECONHECIDA PELO

> *JÚRI. NECESSIDADE DE EXAME DA PROVA. SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.*
> ***1. Estando as razões recursais dissociadas dos artigos de lei tidos por violados, incide na espécie a Súmula 284/STF.***
> ***2. "Evidenciado que as razões recursais encontram-se dissociadas da prescrição legal contida na legislação federal indigitada por ofendida, patente a deficiência da fundamentação do apelo extremo, que impossibilita a exata compreensão da controvérsia, incidindo o óbice previsto no Enunciado n.º 284 da STF. Precedentes." (AgRg no AREsp 763.004/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/05/2016)***
> *[…]*
> *(AgInt no AREsp 490.477/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016)*

Todavia, quanto aos pontos mencionados, cumpre reconhecer a ocorrência de constrangimento ilegal passível de correção de ofício por esta Corte Superior.

No que diz respeito à aventada ilegalidade na dosimetria, o colegiado de origem, ao manter a análise desfavorável dos motivos do crime e a aplicação da causa de aumento em questão, assim se manifestou, *in verbis*:

> *"Quanto a Rilton Jesus da Silva, 03 (três) circunstâncias judiciais foram valoradas em seu desfavor, dentre as elencadas no art. 59 do Código Penal, a saber: conduta social, motivos e circunstâncias do crime.*
> *A conduta social, entretanto, não foi corretamente valorada, à medida que o vetor se refere à forma como o agente se relaciona com seus parentes, vizinhos, e a comunidade em que vive de um modo geral, e o fato de o Recorrente não ter comprovado exercer atividade lícita, bem como ser envolvido em outros delitos não significa, necessariamente, que não seja pessoa bem relacionada com seus entes. Lado outro, o motivo da infração deve mesmo ser havido como desfavorável, uma vez que a intenção do Apelante não foi tão só patrimonial, já que resolveu cometer o crime para poder comprar substância ilícita, fomentando o seu vício às custas de uma atividade ilegal e altamente reprovável. Do mesmo modo, a exasperação referente às circunstâncias foi devidamente justificada, porque a Sentenciante se utilizou da presença de mais de uma causa de aumento para demonstrar um contexto fático que se afasta do comum ao tipo. A par disso, a hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite que, em caso de roubo majorado por mais de uma causa de aumento, é possível a utilização da sobejante na primeira fase da dosimetria [...]*
> *[...]*
> *Assim, considerando a presença de dois vetores negativos*

> *- motivo e circunstâncias do delito e mantendo o patamar de exasperação adotado na origem, estabeleço a reprimenda básica de Rilton Jesus da Silva em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão.*
> *Na segunda fase do cálculo da pena, foi reconhecida a atenuante referente à confissão espontânea, pelo que atenuo a pena-base ao mínimo legal, consoante orientação da Súmula n° 231 do Superior Tribunal de Justiça. Não foram reconhecidas agravantes.*
> *Na última fase, não incidem minorantes, e aplicou-se a causa de aumento prevista no §2° do art. 157 do Código Penal no seu patamar mínimo - 1/3 (um terço) - o que conduz à reprimenda de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.*
> *Reconhecido o concurso formal, a Sentenciante, considerando o número de vítimas, realizou o menor aumento possível - 1/6 (um sexto) restando a pena em concreto de Rilton Jesus da Silva definida em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão." (e-STJ fls. 430/431)*

Da leitura do trecho transcrito depreende-se que o Tribunal *a quo* manteve a valoração negativa operada pelo Magistrado singular sobre os motivos do crime, em razão de o apenado ter praticado o ilícito com a finalidade de adquirir substâncias entorpecentes.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o uso de drogas ilícitas não constitui fundamento suficiente a legitimar a negativação de circunstância judicial na primeira etapa da dosimetria.

Com efeito, este Sodalício assentou que *"é errôneo valorar negativamente a motivação se o crime foi cometido com a finalidade de obter dinheiro para comprar drogas, mormente porque 'tal circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, bem assim o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim voltado à recuperação' (HC 113.011/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010)."* (HC 167.936/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012).

Confiram-se:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECESSO JUDICIÁRIO. SUSPENSÃO OU INTERRUPÇÃO DE PRAZOS PROCESSUAIS PENAIS. INOCORRÊNCIA. INTEMPESTIVIDADE. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 798, CAPUT E § 3º, DO CPP. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVOS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONCEDIDA ORDEM DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.*

[…]
4. A jurisprudência desta Corte Superior rejeita a valoração negativa dos motivos do crime patrimonial apenas porque praticado para fomentar a aquisição de drogas. Além de não demonstrar relação direta com o furto, com efeito, o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim voltado à recuperação (HC 113.011/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010). Precedentes.
5. Ademais, cumpre admitir que o propósito de arrecadar recurso financeiro, independente da destinação a lhe ser dada, é motivo inerente a todo crime patrimonial, não servindo, por essa razão, como base para elevação de sua reprovabilidade.
6. Agravo regimental desprovido. Concedida ordem de habeas corpus, de ofício, para excluir a valoração negativa sobre os motivos do crime, no primeiro estágio da dosimetria penal e, com isso, redimensionar a reprimenda cominada ao réu pela prática do crime do art. 155, §4º, IV, do CP, fixando-a definitivamente em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório proferido pela instância ordinária.
(AgRg no AREsp 1101379/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 23/08/2017)

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO SIMPLES EM CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E BASEADAS EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA-BASE.
[…]
3. Do mesmo modo, no que concerne aos motivos do crime, destacou o magistrado sentenciante que visava o réu amealhar bens da vítima para auferir dinheiro e comprar substâncias entorpecentes. Entrementes, tratando-se de crime contra o patrimônio, injustificado o aumento, porquanto inerente ao tipo incriminador. Precedentes.
[…]
(HC 275.953/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 21/03/2017)

Assim, ao manter a valoração negativa operada sobre a vetorial dos motivos do crime pelo fato de o acusado ser usuário de drogas, a Corte de origem dissentiu da jurisprudência deste Superior Tribunal sobre o tema, impondo-se, portanto, o afastamento da circunstância mencionada.

Outrossim, no que se refere à majorante do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, em que pese, nos crimes patrimoniais como o descrito nestes autos, a palavra da vítima ser de extrema relevância, a pena aplicada ao agravante está a reclamar novo ajuste.

Isso porque sobreveio à decisão agravada a promulgação da Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, que modificou o Código Penal nos dispositivos referentes aos crimes de furto e de roubo.

Essa alteração legislativa suprimiu a previsão contida no inciso I do § 2º do art. 157, que apresentava hipótese de causa especial de aumento de pena relativa ao emprego de arma.

Esta Corte, inclusive, possui entendimento jurisprudencial consolidado reconhecendo que a previsão contida no dispositivo revogado abrangia não apenas armas de fogo mas qualquer *"artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas"*, nos termos do art. 3º, inciso IX, do Decreto n. 3.665/2000. Nesse conceito estavam abarcadas tanto as armas próprias quanto as impróprias.

A atual previsão contida no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, incluído pela Lei n. 13.654/2018, limita a possibilidade de aumento de pena à hipótese de a violência ser cometida mediante emprego de arma de fogo, assim considerado o instrumento que *"(...) arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil"*, de acordo com o art. 3º, inciso XIII, do Decreto n. 3.665/2000.

Na espécie, conforme se extrai dos autos, a arma utilizada para praticar o crime foi uma *"garrafa de cerveja quebrada"* (e-STJ fl. 3).

Diante disso, forçosa a aplicação da lei nova, mais benéfica ao acusado, em consonância com o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, afastando-se o aumento de 1/3 aplicado na terceira fase do cálculo da pena.

Por outro lado, o pedido de redução da pena, na segunda etapa, para abaixo do mínimo legal, pelo reconhecimento da atenuante da confissão, não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte.

Note-se que, nesta etapa, ainda se tem como norte os limites cominados no preceito secundário do tipo penal em abstrato, ao contrário do que ocorre com as causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, as quais, por atuarem na pena em concreto, autorizam a fixação aquém do limite mínimo ou além do limite máximo.

Acerca do tema, reproduzo o magistério do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, ao julgar o Recurso Especial n. 32.344/PR:

> *Registra-se, sem dúvida, causa especial de redução de pena. Não se confunde com a atenuante. Aquela afeta a cominação. A segunda repercute na aplicação. Em outras palavras, a primeira reduz a pena in abstracto. A última não tem esse efeito. (REsp n. 32.344/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 17/5/1993, p. 9373)*

Esse entendimento foi cristalizado no enunciado sumular 231 deste Sodalício: *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.

Na mesma direção:

> *PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2°, I E II, ART. 148, CAPUT, ART. 213 C.C. ART. 226, I, TODOS DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE ESTUPRO: DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. PENA EXASPERADA ACIMA DO QUANTUM MÁXIMO DE PENA EM*

> *ABSTRATO. IMPROPRIEDADE. PATENTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.*
> ***1. A pena não pode ser fixada aquém do patamar mínimo disposto no preceito secundário do tipo penal (Súmula 231 desta Corte), mesmo diante da presença de circunstâncias atenuantes, razão pela qual tampouco poderia ultrapassar o limite máximo da pena em abstrato, diante da presença de circunstâncias agravantes. Precedentes.***
> *2. Ordem concedida, quanto ao crime previsto no art. 213 do Código Penal, a fim de reduzir a pena do paciente para 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.*
> *(HC 385.701/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017)*
>
> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO NA FASE INQUISITORIAL, POSTERIORMENTE RETRATADA EM JUÍZO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 545 DA SÚMULA DESTA CORTE. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.*
> *[…]*
> *- Em relação ao réu Jackson,* ***em que pese o reconhecimento da confissão espontânea, aplica-se o entendimento sumulado por esta Corte no enunciado n. 231, segundo o qual a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, diante do estabelecimento da reprimenda no mínimo legal.***
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente Jonathan Marcal de Oliveira para 5 anos e 4 meses de reclusão, e 11 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.*
> *(HC 393.206/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017)*

Procedendo-se à nova dosimetria, verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e ante a permanência da consideração negativa do vetor circunstâncias do delito – pelo deslocamento da causa de aumento referente ao concurso de agentes para a primeira fase –, a pena-base fica fixada em 4 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Na segunda etapa, reduz-se a sanção para 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, por ser inviável sua redução aquém do mínimo, tendo em vista a incidência da Súmula n. 231 do STJ, tornando-se definitiva, face a inexistência de causas modificadoras.

Por fim, em razão do reconhecido concurso formal de crimes, aumenta-se a pena em 1/6 (um sexto), resultando a reprimenda final em 4 anos e 8 meses de reclusão e 12 dias-multa.

Ante o exposto, nos termos do art. 34, VII, do Regimento Interno do

Superior Tribunal de Justiça, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial**, a fim de afastar a negativação dos motivos do crime, e **concedo habeas corpus de ofício** para excluir a causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, revogado pela Lei n. 13.654/2018, redimensionando a pena total do agravante para 4 anos e 8 meses de reclusão, em modo semiaberto, mais pagamento de 12 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator