

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.475.231 - DF (2019/0095479-7)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : RAEL SILVA GUIMARAES (PRESO)
ADVOGADOS : BRUNO CRISTIAN SANTOS DE ABREU (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - DF043143
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DO UNICEUB
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por RAEL SILVA GUIMARAES contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que inadmitiu o recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena de 5 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 14 dias-multa (e-STJ fls. 149/157).

Irresignada, apelou a defesa. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do ora recorrente para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 212/213):

Roubo circunstanciado. Palavra da vítima. Arma imprópria. L. 13.654/18 -- "novatio legis in melius". Confissão parcial. Atenuante.

1 - Depoimento da vítima e de testemunha, em juízo, harmônicos e coerentes entre si, e os demais elementos de convicção - em especial, a prisão em flagrante do réu na posse de parte dos bens, logo depois do crime - são provas seguras do crime de roubo circunstanciado.

2 - Revogado pela L. 13.654/18 o inciso I, do § 2º, do art. 157 do CP, não mais incide, nos crimes de roubo, o aumento da pena, prevista naquele inciso, se a ameaça ou violência é exercida com o emprego de arma imprópria ou branca. Praticado o crime antes de a lei entrar em vigor, a alteração, porque mais favorável, beneficia o réu (art. 2º, § único, do CP).

3 - O emprego de arma imprópria no roubo - conduta mais grave do que aquela em que há somente ameaça verbal contra a vítima - justifica a valoração negativa das circunstâncias do crime e, em consequência, o aumento da pena-base, observado, contudo a

proibição da reformatio in pejus.

4 - Se as declarações do réu ajudaram na formação do convencimento do julgador, incide a atenuante da confissão, pouco importando se espontânea ou não, se integral ou parcial, consoante orientação da súmula 545 do STJ.

5 - Apelação provida em parte.

Daí o presente recurso especial, no qual a defesa alegou ofensa aos arts. 59 e 68 do Código Penal e 617 do Código de Processo Penal.

Asseverou que *"a decisão colegiada afastou a interpretação utilizada pelo juízo singular para valorar negativamente a circunstância judicial nominada 'circunstâncias do crime', pois esta fundava-se no concurso de agentes e, de forma a agravar a situação jurídica do apelante, inovou, atribuindo desvalor à mesma, com base em argumento diverso, qual seja, no emprego de arma imprópria"* (e-STJ fl. 231).

Aduziu, ainda, que, *"ao passo em que o órgão sentenciante utilizou a majorante do emprego de arma, na terceira fase da dosimetria da pena, o órgão colegiado afastou-a, porém inovou, ao atribuir causa de aumento diversa, o do concurso de pessoas, como apta a provocar aumento de pena, no que pareceu uma dupla 'transposição' de majorantes, que parecem migrar e retornar livremente, na dosimetria do mesmo caso concreto"* (e-STJ fl. 232).

Argumentou, assim, infringência ao princípio do *non reformatio in pejus* em recurso exclusivamente defensivo.

Contrarrazões às e-STJ fls. 254/258.

Inadmitido pelo Tribunal de origem, o recurso subiu a esta Corte por meio de agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo **desprovemento do agravo** (e-STJ fl. 295).

É o relatório.

Decido.

O acórdão recorrido está assim fundamentado (e-STJ fls. 216/218):

Há provas de que o crime foi praticado por, pelos menos, duas pessoas e com emprego de faca.

A apreensão da arma utilizada no roubo é dispensável para a incidência da causa de aumento quando as demais provas, sobretudo a declaração da vítima, não deixam dúvidas que houve o emprego de arma.

Esse o entendimento do c. STF, segundo o qual "para o reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 157, §, 2º, I, do Código Penal, é desnecessária a apreensão da arma de fogo e sua submissão a perícia, sendo suficiente a demonstração do seu emprego por outro meio de prova" (HC 125769, Relator(a): Min. Dias Toffoli).

Passo à individualização da pena.

Na primeira fase, a sentença valorou negativamente as circunstâncias, vez que o crime foi cometido em concurso de pessoas. Aplicou, na terceira fase, a causa de aumento relativa ao emprego de arma.

A L. 13.654/18, que entrou em vigor em 24.4.18, revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do CP que, nos crimes de roubo, aumentava a pena de um terço até a metade "se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma". E, no § 2º-A, inciso I, estipulou o aumento de 2/3 se o crime de roubo for praticado com o emprego de arma de fogo.

Significa que, nos crimes de roubo, não mais incide a causa de aumento se a violência ou ameaça é exercida com arma imprópria -- ou branca.

O roubo foi praticado mediante violência exercida com arma imprópria - faca.

Conquanto praticado o crime antes de a lei entrar em vigor, a alteração, favorável, beneficia o réu - "novatio legis in melius" (art. 2º, § único, do CP).

É de se afastar a causa de aumento relativa ao emprego de arma imprópria.

Não obstante, a conduta de subtrair coisa móvel alheia para si, ou para outrem, com emprego de faca, é mais grave do que aquela em que há somente ameaça verbal contra a vítima.

O emprego de arma imprópria, no caso, faca, justifica a valoração negativa das circunstâncias do crime e, em consequência, o aumento da pena-base, observado, contudo a proibição da reformatio in pejus.

Afastada a causa de aumento do art. 157, § 2º, I, do CP, o concurso de pessoas deve ser utilizado na 3ª fase. Contudo, pelas razões acima expostas, mantenho a análise desfavorável das circunstâncias do crime, em razão de o roubo', ter sido com emprego de faca.

Em razão da falta de definição legal, a jurisprudência adotou como critério ideal para individualização da pena na primeira fase, por cada circunstância judicial negativamente valorada, a fração de 1/8 do intervalo entre a pena mínima e máxima prevista no preceito

secundário do tipo penal.

A pena do crime de roubo é de 4 a 10 anos de reclusão e multa. O intervalo entre a pena mínima e a máxima é de 6 anos. A proporção de 1/8 equivale a 9 meses.

A pena-base fixada em 4 anos e 6 meses de reclusão, fração inferior a fração de 1/8 por circunstância judicial, favorável ao réu e sem recurso da acusação, deve ser mantida.

Sem agravantes e presente a atenuante da confissão, a sentença diminuiu em menor razão a pena-base, porque a confissão foi parcial.

Se as declarações do réu ajudaram na formação do convencimento do julgador, incide a atenuante da confissão, pouco importando se espontânea ou não, se integral ou parcial, consoante orientação da súmula 545 do STJ.

A lei não prevê as frações a serem aplicadas no caso de incidência de atenuantes e agravantes. Contudo, o c. STJ tem entendido que "deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado. Precedentes. (...)." (AgRg no HC 370184/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, 9.5.17, Dje 22.5.17).

Presente a atenuante da confissão, fixo a pena em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, porque, na segunda fase, não se admite redução abaixo do mínimo estabelecido em lei, consoante súmula 231 do e. STJ.

Na terceira fase, incide a causa de aumento do inciso II do § 2º do art. 157 do CP (concurso de pessoas), pelo que aumento a pena em 1/3, elevando-a para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena é o semiaberto, nos termos ao art. 33, § 2º, "b", do CP.

Não verifico a ocorrência de *reformatio in pejus*.

De fato, o acórdão recorrido manteve o demérito da mesma vetorial considerada pelo Magistrado singular, isto é, circunstâncias do crime, porém fundamentando-o no cometimento do delito com o emprego de arma branca.

Manteve, ainda, o aumento da pena na terceira fase, contudo, em razão do concurso de pessoas.

Ora, apesar do remanejamento das circunstâncias entre as fases da dosimetria, não houve efetivo aumento de pena, observando o Tribunal de origem a

proibição da *reformatio in pejus*.

Nesse ponto, anota-se que esta Corte Superior já decidiu que "*o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem*" (HC n. 476.385/SP, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2018).

Assim, "*admite-se nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que ocorreu o delito, ainda que seja em recurso exclusivo da defesa, sem que ocorra reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do acusado, vale dizer, que não se aumente a sua pena final ou se lhe imponha um regime de cumprimento mais rigoroso*" (HC n. 438.443/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/9/2018, DJe 28/9/2018).

Com efeito, na apreciação de recurso de apelação exclusivo da defesa, a Corte estadual não está impedida de manter a sentença recorrida com base em fundamentação distinta da utilizada em primeira instância, desde que sejam respeitados a imputação apresentada pelo titular da ação penal, a extensão cognitiva da sentença combatida e os limites de pena impostos na origem.

Notem que o princípio em análise possui o objetivo de impedir que, em inconformismo exclusivo da defesa, o acusado tenha piorada sua situação.

Não se proíbe, porém, que, na apreciação da sentença condenatória, possa o órgão de jurisdição superior, no exercício de sua competência funcional, **agregar fundamentos à decisão recorrida, quer para aclarar-lhe a compreensão, quer para conferir-lhe melhor justificação.**

Noutras palavras, pode a Corte *a quo*, sem piorar a situação do acusado, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e de efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem.

Desse modo, provocado a apreciar o cálculo da reprimenda, **competete ao Tribunal examinar as circunstâncias judiciais e rever os pormenores da**

individualização da sanção deliberados na sentença, mantendo ou diminuindo a sanção imposta na instância de origem.

Sobre o assunto, confirmam-se estes precedentes:

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de juris dictio - encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal - no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo - melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 304.886/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 07/04/2015, grifei.)

HABEAS CORPUS. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. SEMI-IMPUTABILIDADE (ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP). IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1.º DO ARTIGO 2.º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SANÇÃO IGUAL A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS APONTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. NON REFORMATIO IN PEJUS. REGIME SEMIABERTO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

4. Pelo princípio da non reformatio in pejus, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente,

quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.

5. Na hipótese, os fundamentos acrescidos pelo Tribunal de origem, embora não sejam suficientes para a fixação do regime inicial fechado, são o bastante para a fixação do regime inicial semiaberto.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, ex officio, apenas para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 362.247/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 06/12/2016, grifei.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL E AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL DO ÚNICO FUNDAMENTO DO DECISUM AGRAVADO. SÚMULA 283/STF. SÚMULA 182/STF. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA ESTATAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA EM CONSONÂNCIA COM OS DISPOSITIVOS DA LEI N. 9.296/1996 E COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MOTIVADA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. OBITER DICTUM. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE JUNTADA DE CÓPIAS DE DECISÕES ACERCA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÃO DE DECIDIR. LEGALIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO E NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL POR CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NÃO SE AMOLDA NAS HIPÓTESES DE RETROATIVIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DEFESA, CONFORME EARESP N. 386.266/SP. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 619 DO CPP.

[...]

7. Na apelação defensiva, mediante o princípio do livre convencimento motivado, é plenamente possível a modificação da fundamentação referente às circunstâncias judiciais, para fins de individualização e redimensionamento da pena, desde que não resulte agravamento da situação do réu - o que não ocorreu no caso concreto -, não havendo falar em ofensa ao princípio da non reformatio in pejus.

[...]

18. *Todos os embargos de declaração rejeitados.* (EDcl no AgRg no REsp 1.343.856/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016, grifei.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO FISCAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. RECURSO DE APELAÇÃO EXCLUSIVO DA DEFESA. DESLOCAMENTO DE VETORIAL DA TERCEIRA PARA A PRIMEIRA FASE DE DOSIMETRIA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. PENA REDUZIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. SÚMULA 267/STJ. APLICAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCINDIBILIDADE. DEFERIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

3. *O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza ao Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, reconhecidas pela sentença condenatória como desfavoráveis, melhor explicitando-as, bem como a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção; não havendo falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada, o que no presente caso, como visto, não ocorreu* (AgRg no AREsp 756.758/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016).

[...]

8. *Agravo regimental improvido, determinando-se a execução provisória da pena.* (AgRg no REsp 1.326.235/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016, grifei.)

O Supremo Tribunal Federal possui idêntica orientação:

*HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REFORMATIO IN PEJUS. CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CORRETA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS NA SEGUNDA INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. [...]. 2. *Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida.* 3. *Inexistência de reformatio in pejus.* [...]. 6. *Ordem denegada.* (HC 106.113/MT, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 31/1/2012, grifei.)*

Ante o exposto, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

