

RECURSO ESPECIAL Nº 1.783.970 - SP (2018/0323196-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : PABLO LOPES RIBEIRO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL DE SOUZA BORELLI - DEFENSOR PÚBLICO -
SP339970
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA E INIDÔNEA. FRAÇÃO DE AUMENTO PELAS MAJORANTES EM 3/8 (TRÊS OITAVOS). NÃO OBSERVÂNCIA DO ENUNCIADO N.º 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FRAÇÃO CABÍVEL: 1/3 (UM TERÇO). REGIME APLICÁVEL. SEMIABERTO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 231/STJ. AUSÊNCIA DE INTERESSE. PLEITOS PREJUDICADOS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por PABLO LOPES RIBEIRO, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0007155-92.2014.8.26.0348).

Consta nos autos que o Juiz de primeiro grau condenou o Recorrente às penas de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal (fls. 157-173).

Irresignadas, Defesa e Acusação interpuseram as respectivas apelações. A Corte de origem negou provimento ao apelo defensivo e proveu parcialmente o recurso do *Parquet*, a fim de, na terceira fase da dosimetria e a título da majoração pelas causas de aumento de pena atinentes aos incisos I e II do § 2.º do art. 157 do Código Penal, aplicar a fração de 3/8 (três oitavos), redimensionando as sanções impostas aos

patamares de 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, no menor valor previsto pela legislação de regência, nos termos da seguinte ementa (fl. 348):

"APELAÇÃO CRIMINAL. Roubo majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes. Sentença condenatória. Defesas buscam: (i) absolvição; (ii) fixação da pena no mínimo legal; (iii) revogação da prisão preventiva para que possa apelar em liberdade; (iv) o reconhecimento da tentativa e de atenuantes genéricas; (v) detração penal; e (vi) vista dos autos para a Defensoria Pública após apresentação do parecer pelo Ministério Público, sob pena de nulidade do julgamento. 'Parquet' almeja o aumento da reprimenda. Materialidade e autoria comprovadas. Absolvição impraticável. Tanto em solo policial quanto em Juízo a vítima reconheceu de forma estreme de dúvidas os ora Apelantes como sendo aqueles que perpetraram o crime. Refutar a validade baseando-se somente na qualidade de uma pessoa é temerário ao direito e, no caso em testilha, não restou demonstrada qualquer intenção no desfecho da ação penal. A palavra da vítima, em crimes patrimoniais, reveste-se de especial valor probatório. Narrou os fatos de forma uníssona, não devendo seus depoimentos ser recebidos com quaisquer ressalvas. Não se há falar em crime tentado, porquanto houve a total inversão da posse da 'res furtiva' (teoria da 'amotio'), ainda que por breve período de tempo, não sendo necessária a posse mansa e pacífica. Incabível o pedido de vista à Defensoria Pública após a manifestação da Procuradoria. Atuação como 'custos legis'. Não há disposição no ordenamento jurídico acerca de tal fato, de modo que não se fala em qualquer nulidade ou mácula ao processo. Confissão parcial que revestiu-se, em verdade, de tentativa de isentar a responsabilidade de seu comparsa. Dosimetria merece reparos. Sendo duas as causas de aumento de pena, de rigor o aumento em 3/8. Regime fechado mantido. Detração penal é matéria afeta ao Juízo da Execução – Recurso ministerial parcialmente provido e apelos defensivos não providos."

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 424-431).

Alega a Defesa, nas razões do apelo nobre, afronta aos arts. 5.º, inciso LIV, e 93, inciso IX, da Carta Magna; aos arts. 381 e 387 do Código de Processo Civil; bem como aos arts. 33, § 2.º, alínea b, e 3.º, 65, inciso III, 66 e 68, todos do Código Penal.

Aduz que, no édito condenatório mantido pelo aresto atacado, não foi delineada fundamentação idônea para a exasperação da pena-base.

Pondera que, em razão de ter havido o "justiçamento" do ora Recorrente

no momento da captura, é necessário reconhecer a ocorrência de consequência injusta do delito e, portanto, fazer incidir a atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal.

Assevera que, na hipótese dos autos, é de rigor o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Esclarece que a aplicação da fração de 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, em função da existência de duas qualificadoras, carece de fundamentação concreta e, portanto, destoa do bom direito.

Sustenta que, com o afastamento da valoração negativa das circunstâncias judiciais e o consequente recuo da pena-base para o mínimo legal, impõe-se o estabelecimento de regime prisional mais brando que o fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Apresentadas contrarrazões (fls. 472-493). O recurso especial foi admitido na origem (fls. 235-236).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo nobre (fls. 251-256).

É o relatório.

Decido.

De plano, quanto à apontada contrariedade aos arts. 5.º, inciso LIV, e 93, inciso IX, da Constituição da República, registro que não incumbe ao Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo para fins de prequestionamento, examinar supostas ofensas a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência atribuída pelo texto constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. LEI N. 13.654/2018. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RETROATIVIDADE EM BENEFÍCIO DO RÉU. ALEGADA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE EM ÂMBITO DE RECURSO ESPECIAL.

[...]

2. Ao Superior Tribunal de Justiça é vedada a análise de violação a dispositivos constitucionais, uma vez que essa competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pela via do recurso extraordinário, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

3. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no REsp 1.750.345/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe de 26/11/2018)

De outro norte, a sentença de primeiro grau, mantida no ponto pelo aresto atacado, majorou a pena-base do ora Recorrente com fulcro na seguinte fundamentação (fl. 171; sem grifos no original):

"Apenas mínima se justifica somente, se as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal são inteiramente favoráveis. No caso, infere-se que a conduta dos acusados foi deliberada, pois vieram do Jardim Sapopemba para realizar o que vulgarmente se denomina 'saidinha de banco', delito corriqueiro em regiões metropolitanas. Por isso, determino a pena-base de cada acusado em cinco anos de reclusão e pagamento de doze dias-multa.

No que concerne à fixação da pena-base, é certo que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo.

Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Na hipótese, o Tribunal de origem valorou negativamente **as circunstâncias judiciais**, declinando motivação genérica, abstrata e ínsita ao delito, sendo certo que tais fundamentos não se apresentam idôneos para o aumento da pena-base no tocante à citada circunstância judicial.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS E ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEUTRA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

2. 'A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a majoração da pena-base deve estar fundamentada na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, valoradas negativamente em elementos concretos, mostrando-se inidôneo o aumento com base em alegações genéricas e em elementos inerentes ao próprio tipo penal' (HC 372.144/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 19/5/2017).

[...]

4. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no REsp 1.667.814/AL, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe de 18/04/2018)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. HEDIONDEZ. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE 1/3. MANUTENÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECLUSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. RECONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DA DEFESA CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. EXECUÇÃO DA PENA DETERMINADA.

[...]

3. *A motivação dispensada à majoração da pena-base quanto às circunstâncias é genérica e não revela elemento accidental, mas tão somente aqueles ínsitos ao tipo penal descrito.*

[...]

8. *Recurso especial do Ministério Público provido. Agravo em recurso especial da defesa conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento. Execução imediata da pena determinada.*" (REsp 1.427.703/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe de 06/11/2017.)

Nessas condições, **estabeleço a pena-base no mínimo legal, isto é, 4 (quatro) anos de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa.**

No tocante ao emprego da fração de 3/8 (três oitavos) na terceira etapa da dosimetria, pelo mero número de majorantes, assiste razão ao Recorrente. A propósito, trago à colação a individualização da pena realizada pelo Tribunal estadual, ao reformar a sentença (fl. 355):

"Na terceira fase, contudo, a pena merece ser exasperada pois, presentes duas causas de aumento de pena, de rigor o aumento em 3/8."

Com efeito, o aumento acima do mínimo, na terceira fase da dosimetria da pena, deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem maior elevação.

Está caracterizado, por via de consequência, o desrespeito à orientação consolidada no Verbete Sumular n.º 443 do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual: "*O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.*"

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. VIOLAÇÃO DA SÚMULA N. 443/STJ. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

III - Na hipótese, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que o quantum de aumento de pena foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, baseando-se apenas no número de majorantes, em desacordo com a orientação firmada na Súmula 443/STJ. Precedentes.

IV - Destarte, na terceira fase da dosimetria, deve ser aplicado o aumento das duas majorantes, em seu patamar mínimo, qual seja, 1/3 (um terço).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar a pena do paciente em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 452.948/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe de 21/08/2018; sem grifos no original.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. REQUISITOS CUMPRIDOS. PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA FEDERAL. SÚMULA 211/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. PENA-BASE REDIMENSIONADA. AUSÊNCIA DE RECURSO MINISTERIAL. EFEITO DEVOLUTIVO. PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. VIOLAÇÃO. **TERCEIRA FASE. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO IMPROVIDO.**

[...]

3. O aumento da pena-base, em grau de apelação, a despeito de o recurso do Ministério Público não tratar da questão, implica violação aos princípios do *tantum devolutum quantum appellatum* e da *non reformatio in pejus*.

4. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes (Súmula 443/STJ).

5. Fixada a pena-base no mínimo legal, por inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo o réu primário, e diante da sanção final estabelecida, cabível o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do CP.

6. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.527.922/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe de 02/05/2018; sem grifos no original.)

Portanto, em razão da ausência de justificativa concreta para a exacerbação da pena, na terceira fase da dosimetria, em fração maior que o mínimo legal, deve ser reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar mínimo de 1/3 (um terço), **alcançando 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.**

No tocante ao regime prisional, afastada a valoração negativa das circunstâncias judiciais, único fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para a fixação do fechado, inafastável estabelecer o semiaberto.

Por fim, reduzida a pena-base ao mínimo legal, ficam prejudicados, por ausência de interesse, ante o teor da Súmula n.º 231/STJ, os pleitos pelo reconhecimento da atenuante prevista no art. 66 do Código Penal e da relativa à confissão espontânea.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, DOU-LHE PROVIMENTO para, afastando a valoração negativa das circunstâncias judiciais e reduzindo a 1/3 (um terço) a fração incidente em razão das

causas de aumento de pena reconhecidas pelas instâncias ordinárias, redimensionar as sanções impostas ao ora Recorrente aos patamares de **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, no mínimo legal.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

