

RECURSO ESPECIAL Nº 1.788.524 - PI (2018/0336182-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : DIRCEU PEREIRA DA SILVA
ADVOGADO : TIAGO VALE DE ALMEIDA E OUTRO(S) - PI006986
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE. NEGATIVAÇÃO. CRIME PATRIMONIAL. ELEMENTO INERENTE AO TIPO PENAL. CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO. 3/8 (TRÊS OITAVOS). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA N.º 443 DO STJ. OBSERVÂNCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONTINUIDADE DELITIVA. DOIS DELITOS. EXASPERAÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). DESCABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por DIRCEU PEREIRA DA SILVA, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, contra o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí na Apelação Criminal n.º 2016.0001.012938-1.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Recorrente às penas de 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, c.c o art. 71 do Código Penal. Houve apelação somente defensiva, a que o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim ementado (fls. 476-477):

"PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO. REJEITADA A PRELIMINAR DE DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA EM CONSONÂNCIA COM O SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO ADEQUADA DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Preliminar. Direito de recorrer em liberdade. O magistrado de primeiro grau aduziu persistirem os fundamentos da constrição cautelar, não fazendo jus, o Apelante, ao direito de recorrer em liberdade.

2. Dosimetria da pena. O juiz tem ampla liberdade para determinar a pena base de acordo com a preponderância ou não das

circunstâncias judiciais analisadas. No caso em questão, a pena base foi aumentada por existir circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado.

3. *Regime inicial.* O regime fixado pelo magistrado foi o semiaberto, considerando o caso concreto, e as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Nesse sentido, a detração penal não seria suficiente para modificar o regime imposto pelo magistrado.

4. *Recurso conhecido e improvido."*

Alega o Recorrente a violação dos arts. 59 e 68 do Código Penal, sustentando ser inidônea a fundamentação utilizada para exasperar a pena-base, bem assim haver *bis in idem* na elevação das reprimendas em 3/8 (três oitavos), na terceira fase da dosimetria, pois utilizados elementos inerentes às próprias causas de aumento.

Pede o provimento do recurso especial, com o redimensionamento das reprimendas.

Oferecidas contrarrazões, admitiu-se o recurso na origem.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

Decido.

Disse o Julgador singular ao fixar a dosimetria das reprimendas, em fundamentação posteriormente ratificada pelo Tribunal de origem (fls. 476-477):

"a) Culpabilidade: é grave, típica dos crimes contra o patrimônio, merecendo uma maior reprovação social da conduta do acusado.

b) Antecedentes: dos autos não consta elementos para a sua aferição.

c) Conduta social: acerca dela, não há nos autos nada que permita seu exame.

d) Personalidade: deixo de valorá-la por não existir nos autos elementos que me permitam aferi-la.

e) Motivação: é a de natureza patrimonial, própria do delito.

f) Circunstâncias do crime: como evidenciado na fundamentação desta sentença, as circunstâncias em que praticado o crime são desfavoráveis ao réu, contudo, deixo de valorá-las nesta fase, uma vez que já serão objeto de majoração em fase superveniente, que cuida das causas de aumento de pena, à vista do critério escalonado de aplicação de pena.

g) Consequências do crime: são as normais ao delito.

h) Comportamento das vítimas: as vítimas em nada influenciaram na prática do delito.

Diante das circunstâncias judiciais estabeleço a pena-base em

05 (cinco) anos de reclusão, e 30 (trinta) dias-multa.

Presente circunstância atenuante, atenuo a pena em 1/6 (um) sexto, fixando-a 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Ausentes circunstâncias agravantes.

Ausentes causas de diminuição da pena.

Presentes as causas especiais de aumento de pena previstas nos incisos I e II § 2º do art. 157 do CP, majoro a pena anteriormente apontada em 3/8, passando a dosá-la em 05 (cinco) anos, e 08 (oito) meses de reclusão, e 33 (trinta e três) dias-multa.

Por último, em face da presença da circunstância expressa no art. 71 do CPB (continuidade delitiva), aumento a pena de 1/3 (um terço), fixando-a, definitivamente, em 06 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 44 (quarenta e quatro) dias-multa."

Como se verifica, as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base do Recorrente em razão da negatização da circunstância judicial referente à culpabilidade. Entretanto, o fato de o delito ser contra o patrimônio é inerente ao próprio tipo penal do crime de roubo, motivo pelo qual não é idôneo para justificar a exasperação da reprimenda.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE DO AGENTE. OBJETO MATERIAL. ELEMENTOS INERENTES AO DELITO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. (3) REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. DIREITO AO REGIME MENOS SEVERO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

*2. Na espécie, o magistrado de origem não arrolou elementos concretos que justificassem o acréscimo da pena-base. **A obtenção de vantagem patrimonial é elemento intrínseco ao tipo penal violado (roubo), não sendo adequado para justificar a valoração negativa da culpabilidade ou da personalidade do agente o fato de o objeto material do crime tratar-se de uma motocicleta.***

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a sanção imposta ao paciente para 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa; bem como para fixar o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação." (HC 332.117/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE

ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 1/10/2015, DJe 22/10/2015; sem grifos no original).

No tocante às causa de aumento, entretanto, observa-se ter havido fundamentação concreta, estando respeitada a orientação da Súmula n.º 443 do STJ. Além disso, inexistiu o aludido *bis in idem*, pois foram utilizados dados que não foram valorados nas etapas anteriores da dosimetria e que não são inerentes ao tipo penal pelo qual foi condenado. Disse o sentenciante (fl. 353; grifos diversos do original):

"Concorrem, no particular, portanto, duas circunstâncias de aumento de pena. No ponto, friso que o tão só fato de existirem mais de uma circunstância, por si só, não enseja a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal. A exasperação ou não da pena deve ater-se à análise percuciente do caso concreto. Esse inclusive é o entendimento sufragado no enunciado n.º 443 do STJ: '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.'

No particular, a conduta do réu, que agia em concurso de agentes, em adentrar à residência de uma das vítimas, portanto uma arma de fogo, submetendo-as passar por momentos de terror durante tempo suficiente para abrir um cofre existente em um dos cômodos da residência, sair desse local e ainda roubar uma moto para empreender fuga, a meu sentir, é mais do que suficiente para majorar a pena do réu acima do limite mínimo previsto no § 2º do art. 157. Reputo razoável, portanto, a majoração em 3/8."

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO RELATIVA AO DELITO TIPIFICADO NO ART. 157, § 2º, I E II, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ART. 70, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que '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 n. 443/STJ).

3. Na espécie, a Corte estadual fixou a fração de 3/8 (três oitavos), superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal em exame, com base em circunstâncias concretas atinentes às próprias causas de aumento e com indicação da maior reprovabilidade da conduta do agente, notadamente pelo concurso com outros réus, que,

mediante o uso de arma de fogo, anunciaram o assalto, impossibilitando a reação da vítima e dificultando a proteção de seu patrimônio.

4. *Agravo regimental a que se nega provimento.*" (AgRg no HC n. 474.189/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/3/2019, DJe 1/4/2019).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 443/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Nos termos do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, 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.*

2. *O Tribunal de origem fundamentou de forma idônea a utilização da fração de 3/8, na terceira fase da dosimetria, com base em elementos concretos não inerentes ao tipo penal, de forma que não se aplica a Súmula n. 443/STJ e se torna razoável a majoração na terceira fase da dosimetria no patamar fixado, em razão da gravidade concreta do crime consubstanciada no concurso de agentes e utilização de arma de fogo.*

3. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 1.210.747/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/3/2018, DJe 21/3/2018).

Contudo, constata-se a existência de ilegalidade flagrante, a ser reparada de ofício por esta Corte Superior, por força do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.

Destarte, o Julgador singular, ao efetivar a exasperação decorrente da continuidade delitiva, afirmou: "[...] *considerando que o acusado incidira na ocorrência do crime por **duas vezes**, deve a pena ser aumentada à fração de 1/3 (um terço).*"

No entanto, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está fixada no sentido de que se aplica a fração de 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.

Ilustrativamente:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE CRIMES PRATICADOS. TRÊS INFRAÇÕES DELITIVAS. FRAÇÃO DE 1/5. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.

QUANTUM REDUZIDO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que se, a fração referente à continuidade delitiva deve ser firmada de acordo com o número de delitos cometidos. Assim, aplica-se a fração de 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.

3. Agravado regimental improvido." (AgRg no HC 472.288/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe de 14/12/2018.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA PELO CRIME CONTINUADO. NÚMERO DE DELITOS PRATICADOS. COMPROVAÇÃO DE 5 INFRAÇÕES. FRAÇÃO DE 1/3. INALTERADO O QUADRO FÁTICO DELIMITADO NA ORIGEM. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, aplicando-se a fração de 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 (HC n. 342.475/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 23/2/2016).

[...]

- Agravado regimental desprovido." (AgRg no HC 468.063/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe de 29/10/2018.)

Sendo assim, tendo havido o reconhecimento da prática de dois delitos em continuidade, o aumento deve ocorrer na fração de 1/6 (um sexto).

Passo ao redimensionamento das penas.

Afastada a negatização da culpabilidade e não remanescendo circunstância judicial negativa, reduzo a pena-base para o mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Apesar da atenuante da confissão, é mantida no mesmo patamar, por força da Súmula n.º 231 do STJ. Pelas causas de aumento, é majorada em 3/8 (três oitavos), sendo estabelecida em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Em razão da continuidade delitiva, é majorada em 1/6

(um) sexto, tornando-se definitiva em **6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa**. Mantido o regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, DOU PARCIAL provimento ao recurso especial, a fim de excluir a negatização da culpabilidade, e CONCEDO *habeas corpus*, de ofício, para fixar em 1/6 (um sexto) o aumento decorrente da continuidade delitiva, ficando as penas redimensionadas nos termos da presente decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

