

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.469.759 - AL (2019/0082275-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : VALBER AMARO LEITE DO NASCIMENTO
AGRAVANTE : ARTUR WESLEY DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que os réus foram condenados pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, c.c. art. 70, ambos do Código Penal (roubo majorado - duas vezes), respectivamente, às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 40 dias-multa, e 9 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 70 dias-multa, conforme a sentença às fls. 211/220.

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena do agravante Artur Wesley da Silva, por acórdão assim ementado (fl. 297):

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DA DEFESA DE QUE A PENA-BASE FOI ESTABELECIDA EM PATAMAR SUPERIOR AO DEVIDO. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU ARTHUR WESLEY QUANTO À CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CULPABILIDADE AFASTADA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA QUE CARACTERIZASSE REPROVABILIDADE OU CENSURABILIDADE QUE EXTRAPOLASSE O TIPO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME VALORADAS ACERTADAMENTE, ASSIM COMO O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. PENA-BASE REDIMENSIONADA AO MÍNIMO LEGAL. ARGUIÇÃO DE OCORRÊNCIA DE EQUÍVOCO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. CONCURSO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DESACERTADO. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA DE MULTA POR CONSEQÜÊNCIA DA MODIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIDO. UNANIMIDADE.

1 - Das circunstâncias judiciais impugnadas pela defesa, apenas a culpabilidade não foi valorada acertadamente, haja vista que

não restou demonstrado pelo magistrado prolator da sentença nenhuma circunstância que caracterizasse a reprovabilidade ou censurabilidade que extrapolasse o tipo penal, razão pela qual foi afastada a sua atribuição negativa.

2 - Observou-se na segunda fase da dosimetria o equívoco do magistrado a quo ao realizar o concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Repetitivo (Tema 585), pacificou o entendimento de que "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

3 - Diante de tal concepção, deve o agravamento da pena ser afastado e haver a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

4 - Em face da modificação da pena privativa de liberdade fixada em definitivo, necessário aplicar a proporcionalidade e redimensionar também a pena de multa, reduzindo-a.

5 - Por fim, em que pese a retificação da pena privativa de liberdade fixada em definitivo, apesar da sua redução no presente apelo, o juiz a quo fundamentou coerentemente a imposição do regime inicial fechado com base na reincidência específica do apelante Arthur Wesley e nas circunstâncias judiciais, o que entendo prudente manter o determinado na sentença impugnada.

6 - Apelo conhecido e provido parcialmente.

No recurso especial a defesa alega violação dos arts. 33, §§ 2º e 3º, 49 e 68 do Código Penal.

Sustenta que a reincidência por si só não justifica a aplicação do regime fechado. Aduz que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis.

Afirma que a fixação da pena de multa em 40 dias-multa é desproporcional em relação a pena-base que foi fixada no mínimo legal de 4 anos de reclusão.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial pela incidência das Súmulas ns. 7 e 83 desta Corte.

Contraminuta às fls. 368/370. O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do especial (fl. 383).

É o relatório. Decido.

A irresignação não merece provimento.

Com efeito, a jurisprudência pacífica desta Corte entende que a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em

fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal, da reincidência, ou de outro dado que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo.

No caso dos autos, tendo sido a reprimenda final fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, mostra-se correta a imposição do regime inicial fechado ao **réu reincidente**, nos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e § 3º, e 59 do Código Penal e em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte. A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO. NEGATIVA DE AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DO WRIT. ALEGADA POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME. TEMA NÃO ENFRENTADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA APLICADA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE REINCIDENTE. CORRETA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

– Quanto à possibilidade de execução provisória da pena, após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau, como ocorreu no caso, não há que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, pois o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 964.246/SP na sistemática da repercussão geral (Tema n.º 925), reafirmou sua jurisprudência e consignou a seguinte tese: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

– O acórdão impugnado destacou ser o paciente reincidente específico e, tendo em vista a fixação da pena em patamar superior a quatro anos, correta a aplicação do regime inicial mais gravoso, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

– Habeas corpus não conhecido (HC 432.880/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/04/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. DELITO DE ROUBO. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE ANTE O USO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ERRÔNEO DESVALOR DA CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. AFERIÇÃO A PARTIR DE ELEMENTOS CONCRETOS

DOS AUTOS. RÉU REINCENTE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. Embora o quantum da pena permita, em tese, a fixação do regime semiaberto, a existência de circunstância judicial desfavorável utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal, bem como o fato do paciente ser reincidente, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 4 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 9 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório (HC 481.457/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 2/4/2019).

No que tange ao quantum da pena de multa, também sem razão os agravantes. Reconhecido o concurso formal de crimes, aplicável o art. 72 do Código Penal, restrito às hipóteses de concursos formal ou material. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA. DESPROPORCIONALIDADE.

[...]

TERCEIRA FASE. CONCORRÊNCIA DE CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO.

"Se concorrem duas causas de aumento, uma prevista em lei especial e outra no Código Penal, o juiz, ao individualizar a reprimenda, deve proceder ao segundo aumento não sobre a pena-base, como defende o Impetrante, mas sobre o quantum já acrescido na primeira operação" (HC 27.253/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 11/04/2005, p. 337).

CONTINUIDADE DELITIVA. CÁLCULO DA PENA DE MULTA. NÃO INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte assentou compreensão no sentido de que o art. 72 do Código Penal é restrito às hipóteses de concursos formal ou material, não sendo aplicável aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva. Desse modo, a pena pecuniária deve ser aplicada conforme o regramento estabelecido para o crime continuado, e não cumulativamente, como procedeu a Corte de origem.

2. Agravo regimental parcialmente provido para redimensionar a pena corporal, que passa a ser de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 2 (dois) dias de reclusão, em regime inicial aberto, reduzindo-se a sanção pecuniária para 21 (vinte e um) dias-multa, calculados

conforme a sentença condenatória, e também para restabelecer a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal, tal como fixado pela sentença condenatória (AgRg no AREsp 484.057/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/03/2018).

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO E ROUBO. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DE FATOR PARA MINORAR A MAJORAÇÃO. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. MULTA APLICAÇÃO DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Extorsão e roubo. Continuidade delitiva reconhecida pelo Tribunal de origem, com aplicação do acréscimo de 1/2 (um meio).

2. Pretensão defensiva: redução do quantitativo, para 1/6 (um sexto). O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de inexistir continuidade delitiva entre estes crimes, pois são de espécies distintas. Contudo, reconhecida a continuidade delitiva pela instância a quo, inexistindo recurso do Órgão Ministerial, quando à aplicação deste instituto, o implemento das regras concernentes à figura do crime único deve seguir os parâmetros legais.

3. O art. 72 do Código Penal restringe-se aos casos dos concursos material e formal, não se encontrando no âmbito de abrangência da continuidade delitiva.

4. Dosimetria da pena refeita.

5. Ordem concedida, a fim de redimensionar a pena do sentenciado em 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e 11 (onze) dias-multa (HC 221.782/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe 11/04/2012).

Ante o exposto, conheço do agravo e nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 12 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator