RECURSO ESPECIAL Nº 1.812.692 - MG (2019/0132204-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	RAFAEL AUGUSTO ALVES DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por RAFAEL AUGUSTO ALVES DA SILVA, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 180):

> *EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - CONDENAÇÃO - NECESSIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PRESENÇA DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA - RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO CONCURSO DE PESSOAS - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO - MANDADO DE PRISÃO - NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA COGNIÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA NESTA INSTÂNCIA..*
>
> *1- Comprovadas nos autos a materialidade e a autoria do delito de roubo majorado, pela prova oral, pela dinâmica dos fatos e, sobretudo, pelas firmes e coerentes declarações da vítima, imperiosa a condenação do acusado.*
>
> *2- Inexistindo dúvidas de a faca utilizada pelo autor durante a execução do roubo constitui instrumento capaz não só de intimidar a vítima, como de ofender a integridade física, estando inserida no conceito de arma branca, necessário o reconhecimento da majorante de emprego de arma.*
>
> *3- Malgrado haja indícios da existência de uma terceira pessoa no local dos fatos, não restou cabalmente comprovado a sua efetiva participação na empreitada criminosa ou mesmo a unidade de desígnios necessários para o reconhecimento da majorante do concurso de pessoas.*
>
> *4- A expedição do mandado de prisão em desfavor do réu deve ser condicionada ao exaurimento da cognição fático-probatória nesta instância.*
>
> *V.V. Tendo em vista que a condenação firmada em primeira instância foi mantida em grau de recurso, mostra-se necessária*

> *a expedição imediata de mandado de prisão em desfavor do réu, sendo este o entendimento consolidado em recente decisão do STF, proferida no julgamento do HC 126.292/SP. Assim, a fim de garantir a efetividade da condenação do acusado, a determinação da expedição de mandado de prisão em seu desfavor antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é medida que se impõe.*

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ fls. 198/203).

Nas razões do recurso especial, alega a parte recorrente violação dos artigos 59, 68 e 157, §2º, inciso II, do CP e do art. 158 do CPP. Sustenta: (i) a redução da pena-base, uma vez que não houve fundamentação idônea quanto ao desvalor das consequências do crime; (ii) a necessidade do exame pericial de eficiência da arma.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 224/230), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 232/235), manifestando-se o Ministério Público Federal, nesta instância, pelo conhecimento parcial e, nessa parte, pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 256/264).

É o relatório. **Decido**.

O recurso merece acolhida.

Primeiramente, o Tribunal a quo, ao fixar a pena-base, consignou como negativa as consequências do crime, uma vez que os bens subtraídos não foram restituídos à vítima em sua integralidade.

No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com

fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC n. 272.126/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp n. 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC n. 297.450/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

No presente caso, as instâncias ordinárias utilizaram de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base a título de conseqüências do crime, uma vez que a não restituição da *res furtiva* constitui elementar inerente ao próprio tipo penal de roubo. Precedentes: HC n. 359.152/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017; HC n. 394.369/PA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017; AgRg no AREsp n. 982.190/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/12/2016, DJe 15/12/2016; AgRg no AREsp n. 573.657/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 3/2/2015, DJe 11/2/2015.

Dessa forma, deve ser excluído da pena-base do crime o desvalor das consequências do crime.

Por outro lado, em relação à incidência do inciso I do §2º do art. 157 do CP, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de *habeas corpus*, no ponto.

Verifica-se nos autos que o crime em análise foi praticado com o emprego de arma branca (faca), situação não mais abrangida como majorante do delito de roubo, uma vez que a Lei n. 13.654/2018 revogou o inciso I do §2º do art. 157 do CP.

Dessa forma, tendo em vista a *abolitio criminis*, promovida pela referida lei, e em observância ao art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, é

de rigor a aplicação da *novatio legis in mellius*, devendo ser excluída a causa de aumento do art. 157, §2º, inciso I, do CP do cálculo dosimétrico, ficando a pena do acusado em 4 anos e 7 meses de reclusão.

Nessa linha, os seguintes julgados:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA BRANCA. AFASTAMENTO. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. LEI 13.654/18. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES.*
>
> *1. Em razão da recente alteração legislativa, incluída pela Lei n. 13.654/2018 (art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal), que limitou a possibilidade de aumento de pena do crime de roubo à hipótese de a violência ser cometida mediante emprego de arma de fogo, é de rigor a aplicação da novatio legis in mellius, devendo ser excluída a causa de aumento do art. 157, § 2.º, inciso I, do CP do cálculo dosimétrico da pena do recorrente, uma vez que, no caso, foi utilizada arma branca, e não arma de fogo.*
>
> *2. Embargos de declaração acolhidos, para, afastado o aumento pela utilização de arma, reduzir a pena de RICARDO DA SILVA BARBOSA para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 11 (onze) dias-multa. (*EDcl no AgRg no AREsp 1221290/PI, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 29/08/2018)

> *HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EMPREGO DE ARMA BRANCA (CANIVETE). LEI N. 13.654/18. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. APLICAÇÃO EM BENEFÍCIO DO RÉU. PENA-BASE. PERSONALIDADE. CONDUTA SOCIAL. ANÁLISE DESFAVORÁVEL COM FUNDAMENTO EM CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. INVIABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *II - A Lei n. 13.654/18 retirou o emprego de arma branca como circunstância majorante do delito de roubo. Em havendo a*

superveniência de novatio legis in mellius, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, deve retroagir para beneficiar o réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF e do art. 2º, parágrafo único, do CP.

III - 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.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para afastar a causa de aumento do emprego de arma branca, bem assim a análise desfavorável da personalidade e conduta social realizada com fundamento na existência de sentenças penais transitadas em julgado, em desfavor do agente. (HC 436.314/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 21/08/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VETORIAL DOS ANTECEDENTES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AFRONTA AO ART. 5º, XLVII, "B", DA CF. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. EMPREGO DE ARMA BRANCA. AFASTAMENTO. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. LEI 13.654/18. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

3. A Lei 13.654/18 extirpou o emprego de arma branca como circunstância majorante do delito de roubo. Em havendo a superveniência de novatio legis in mellius, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, de rigor que retroaja para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CF/88).

4. Recurso parcialmente provido a fim de reduzir a pena imposta ao recorrente ao patamar de 2 anos, 1 mês e 18 dias de reclusão, mais o pagamento de 5 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (AgRg no AREsp 1249427/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018)

Prejudicada a questão acerca da necessidade da perícia da

arma.

Passo a refazer a dosimetria da pena, mantidos os demais critérios estabelecidos na origem.

Na primeira fase, não havendo circunstâncias judiciais negativas, fixo a pena-base em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda fase, mesmo havendo a atenuante da menoridade relativa, esta não será aplicada, em razão da Súmula n. 231/STJ. Na terceira fase, inexistindo causa de aumento e/ou diminuição, torno a pena definitiva em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Em relação ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual, *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

> *A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Portanto, é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime. Precedentes: HC 325.756/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1º/8/2016; HC

312.264/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 31/5/2016; HC 344.395/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 15/3/2016.

No caso dos autos, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do acusado a quem foi imposta reprimenda definitiva de 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime inicial aberto para o cumprimento da sanção corporal, ante a inexistência de motivação concreta que justifique o regime mais gravoso. Incidência do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, e no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, **dou provimento** ao recurso para fixar a pena-base no mínimo legal, e **concedo a ordem de *habeas corpus*** para excluir a causa de aumento do art. 157, §2º, inciso I, do CP do cálculo dosimétrico, redimensionando a pena do acusado para 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial aberto.

Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator