

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.835.138 - TO (2019/0258776-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : EUDSON RODRIGUES DE OLIVEIRA
RECORRENTE : ADRIANO SOARES DE SOUSA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

DECISÃO

Trata-se de recursos especiais interpostos por **EUDSON RODRIGUES DE OLIVEIRA** e **ADRIANO SOARES DE SOUSA**, com fundamento no art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Consta dos autos que os recorrentes foram condenados, como incurso no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, às penas de 8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 9 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, respectivamente.

Sustenta a defesa, nas razões dos recursos especiais, contrariedade ao art. 59 do Código Penal. No que se refere ao réu Adriano, alega que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal com o decote das circunstâncias do crime e da culpabilidade. Aduz, ainda, que a pena-base foi majorada de forma exacerbada. Por fim, requer a redução da fração aplicada na terceira fase da dosimetria de 1/2 para 1/3. Defende que não houve fundamentação idônea para majorar a pena em 1/2.

Quanto ao réu Eudson, a defesa afirma que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal com o decote das circunstâncias do crime e da culpabilidade.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 370-375 e 376-380).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial provimento dos recursos (e-STJ, fls. 398-404).

É o relatório.

Decido.

O Tribunal de origem majorou a pena-base dos recorrentes nos seguintes termos:

"Na hipótese vertente, infere-se da sentença vergastada que, na fase da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, para ambos os recorrentes, foram consideradas desfavoráveis as seguintes circunstâncias: culpabilidade, circunstâncias e conseqüências do crime.

A culpabilidade foi considerada desfavorável, sob os seguintes fundamentos:

"Considerando a comprovação da culpabilidade, esta não pode ser vista, tão somente, com referências vagas, sob pena de ser uma extensão das elementares comuns ao próprio tipo, ou seja, um pressuposto da culpabilidade que é elemento do crime. A culpabilidade está ligada, segundo o STF, ao grau de reprovabilidade social (STF, HC 76851/RS e STJ, HC 66781/MS). A culpabilidade está presente, não havendo qualquer causa que exclua os elementos que a integram. No caso em comento, a culpabilidade é grave, tendo em vista que passou o dia ingerindo bebidas alcoólicas e se aproveitou da sua situação de vizinho, abusando da confiança, pois a

par das informações que possuía foi possível a efetuação do crime. Outrossim, o acusado portava um canivete, demonstrando estar mal intencionado (desfavorável).” Com efeito, em relação à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetor deve ser compreendido como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito.

No caso vertente, a análise desfavorável da vetorial culpabilidade apresentou embasamento idôneo, uma vez que o abuso de confiança é considerado fundamento idôneo para exasperar a pena-base. A propósito, cite-se precedente do STJ:

[...]

Já as circunstâncias do crime foram negativas no seguinte embasamento:

“Considerando que as circunstâncias do crime se encontram relatadas nos autos, demonstrando uma maior ousadia do réu em sua execução, pois se aproveitou do horário noturno, 21h00min, momento em que a vítima estava vulnerável, ou seja, finalizando o expediente de seu estabelecimento, quando efetuou o delito. Sendo assim, demonstrou senso de impunidade, (desfavorável).” Com efeito, o fato do ilícito ter sido praticado no período noturno justifica o aumento da pena-base pela análise negativa das circunstâncias do crime, já que aumenta a vulnerabilidade da vítima, em virtude da deficiência de vigilância, facilitando a execução dos delitos e dificultando a identificação do agente.” (e-STJ, fls. 310-312).

Como é cediço, a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

Na hipótese, verifica-se que o acréscimo da pena-base no tocante à culpabilidade, ao contrário do concebido pelos recorrentes, possui motivação idônea, encontrando respaldo na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que reputa existente dolo mais intenso quando praticado o crime com abuso de confiança.

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INEXISTENTE. VIOLAÇÃO AO ART. 168 DO CÓDIGO PENAL - CP. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA APROPRIAÇÃO INDÉBITA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA NÃO INERENTE AO TIPO PENAL. MONTANTE DE EXASPERAÇÃO. PROPORCIONAL. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CULPABILIDADE E AGRAVANTE DO ART. 61, II, G, DO CP.

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal de origem destacou que as razões utilizadas no julgamento do recurso de apelação atestavam a proporcionalidade da exasperação da pena-base, motivo pelo qual inexistiu violação ao artigo 619 do CPP.

2. In casu, a desclassificação da conduta de estelionato para apropriação indébita demandaria o reexame fático-probatório, providência vedada pelo enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ, pois o Tribunal de origem apresentou fundamentação concreta para entender que houve o emprego do meio fraudulento.

3. Válida é a exasperação da pena-base quando utilizada fundamentação concreta não inerente ao tipo penal. No caso, o desvalor da culpabilidade decorreu do abuso de confiança, enquanto o desvalor das consequências do crime decorreu do exorbitante prejuízo.

4. Diante da ausência de um critério legal para determinar o montante de exasperação da pena-base, não se pode reputar desproporcional o acréscimo de 1 ano e 6 meses em razão de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis quando o tipo penal estipula a pena em abstrato mínima de 1 ano e a máxima de 5 anos.

5. Não acarreta bis in idem o desvalor da culpabilidade pelo abuso de confiança e a incidência da agravante do art. 61, II, g, do CP, pela violação de dever, quando justificativas distintas configurem ambas as hipóteses.

6. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.457.355/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 18/09/2017, grifou-se)

Contudo, no que se refere às circunstâncias do crime, o simples fato de a conduta ter sido praticada durante o período noturno, sem respaldo em outro elemento concreto que denote a maior gravidade do delito, não permite a imposição da pena-base acima do piso legal, não constituindo motivação idônea para a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Nesse sentido:

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO PRATICADO NO PERÍODO NOTURNO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A dosimetria da pena é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o quantum ideal da sanção a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado. Sendo assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto.

2. O roubo cometido no período noturno, em circunstância que não extrapola o tipo penal, não enseja a majoração da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 809.702/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI,

Superior Tribunal de Justiça

QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016)

Por fim, quanto à dosimetria penal, na terceira fase, o Juízo de origem fixou, ao recorrente Adriano, a fração de aumento em 1/2 e a Corte de origem manteve esta fração nos seguintes termos:

"Inexistem causas de diminuição de pena. Por sua vez, presente uma causa de aumento de pena, prevista no parágrafo segundo, do artigo 157, do CPB (concurso de pessoas), daí aumento a pena anteriormente dosada em 1/2 (um meio), eis que a elevação necessária deve ficar a cargo do magistrado para punir de maneira justa o crime, com as circunstâncias presentes, sem qualquer critério matemático físico, isso porque o denunciado entrou em luta corporal com a vítima, tendo ocasionado graves ferimentos no ofendido, como por exemplo, ensejou a perda de seus dentes, bem como gerou-lhe problemas nas vistas".

"Na terceira fase da pena, inexistem causas de diminuição de pena. Por sua vez, presente uma causa de aumento de pena, prevista no parágrafo segundo, do artigo 157, do CPB (concurso de pessoas), daí aumento a pena anteriormente dosada em 1/2 (metade), fração utilizada pelo Sentenciante, considerando que o denunciado entrou em luta corporal com a vítima, restando, portanto, a pena definitiva de 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e a pena pecuniária de 52 (cinquenta e dois) dias- multa." (e-STJ, fls. 223-225 e 316).

De acordo com a Súmula 443/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".

Assim, verifica-se que o Colegiado observou a orientação sumulada desta Corte, haja vista que, ao fixar a fração de aumento em 1/2, o fez ancorado em circunstâncias concretas que indicam a maior reprovabilidade da conduta, tendo destacado que o réu entrou em luta corporal com a vítima, tendo ocasionado graves ferimentos no ofendido, como a perda de seus dentes e problemas na vista.

A corroborar esse entendimento:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. ELEVAÇÃO DE PENA SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PATAMAR DE 1/2 (METADE) DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

I - É admissível, na terceira fase da dosimetria da pena, a exasperação da reprimenda acima do patamar mínimo desde que apresentada fundamentação concreta, baseada em dados extraídos dos autos, não se revelando legítimo invocar-se para tanto, tão somente, a quantidade de majorantes para o delito de roubo. Tal entendimento já foi, inclusive, sumulado no âmbito desta Corte, nos termos do enunciado n. 443 da Súmula/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".

Superior Tribunal de Justiça

II - In casu, não assiste razão ao recorrente, porquanto houve, de fato, a devida fundamentação pelas instâncias ordinárias ao estabelecerem a fração de 1/2 (metade) na terceira fase da dosimetria, não se amparando, portanto, tão somente no número de majorantes para elevar a pena do réu e, sim, nas circunstâncias fáticas em que o crime foi praticado: em concurso de 4 (quatro) agentes que, com arma de fogo em punho, renderam a vítima e colocaram-na no porta-malas do carro, libertando-a apenas quase 1 (uma) hora depois, em um canavial.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1.227.129/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 23/03/2018).

Passa-se à nova dosimetria da pena, com base no que estabelecido nas instâncias ordinárias.

1) Eudson Rodrigues de Oliveira

Diante da existência de uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base em 4 anos e 9 meses de reclusão. Na segunda fase, reconhecida a agravante prevista no artigo 61, II, "h", do Código, eis que o crime foi cometido em detrimento de um idoso, aumento a pena, em 1/6, restando a pena intermediária de em 5 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão. Na terceira fase, ante a incidência da majorante do concurso de pessoas, elevo a pena em 1/3, fixando-a em 7 anos, 4 meses e 20 dias de reclusão e 17 dias-multa.

2) Adriano Soares de Sousa

Diante da existência de uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base em 4 anos e 9 meses de reclusão. Na segunda fase, reconhecida a agravante prevista no artigo 61, II, "h", do Código, eis que o crime foi cometido em detrimento de um idoso, aumento a pena, em 1/6, restando a pena intermediária de em 5 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão. Na terceira fase, ante a incidência da majorante do concurso de pessoas e as circunstâncias em que ocorreu o delito, mantenho a fração em 1/2, fixando-a em 8 anos, 3 meses e 22 dias de reclusão e 23 dias-multa.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial, para fixar a pena de Eudson Rodrigues de Oliveira em 7 anos, 4 meses e 20 dias de reclusão e 17 dias-multa e de Adriano Soares de Sousa em 8 anos, 3 meses e 22 dias de reclusão e 23 dias-multa, mantendo-se, no mais, o acórdão recorrido.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator