

RECURSO ESPECIAL Nº 1.819.373 - PA (2019/0168400-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : IVANY DE ARAUJO BARROS
ADVOGADO : FABRICIO MARTINS PEREIRA - PA015053
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

DECISÃO

Trata-se de recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Pará, mantendo, na íntegra, a sentença que condenou IVANY DE ARAÚJO BARROS à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, mais 133 (cento e trinta e três) dias-multa, por infração ao art. 168, §1º, III, do Código Penal, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 823/824):

APELAÇÃO PENAL - C RIME IX) ART. 168. §1º, INC. III DO CP - PRELIMINAR DE NULIDADE PELO INDEFERIMENTO DE PERÍCIA AUDIOFÔNICA REQUERIDA PELA DEFESA NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO - DESNECESSÁRIA E PROTETÓRIA - DECISÃO FUNDAMENTADA - NULIDADE INEXISTENTE CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO - PRELIMINAR REJEITADA - ABSOLUÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - IMPROCEDÊNCIA - TESTEMUNHOS E DOCUMENTOS QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS QUE A APELANTE COMETEU O CRIME - REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL IMPOSSIBILIDADE - CONSEQUÊNCIAS QUE MILITAM EM DESFAVOR DA APELANTE - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. PRELIMINAR DE NULIDADE PELO INDEFERIMENTO DE PERÍCIA REQUERIDA PELA DEFESA NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. O magistrado não está obrigado a deferir todas as diligências requeridas pelas partes. Porém, a negativa na produção de determinada prova deve ser fundamentada, ex vi do §1º do art. 400 do CPP. como ocorreu na hipótese dos autos, onde o Juízo a quo reconsiderou, motivadamente, a decisão que deferiu o pedido de realização de perícia audiofônica nos diálogos capturados durante a interceptação telefônica, uma vez que entendeu que esta diligência se mostrava desnecessária para o esclarecimento dos

Superior Tribunal de Justiça

atos e protelatório, o que afasta a infringência ao princípio da ampla defesa. Preliminar rejeitada. Doutrina e precedente do STJ.

2. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. *Os testemunhos e documentos colhidos durante a instrução processual não deixam dúvidas que a apelante se apossou das jóias da ofendida, que lhes repassou para revendê-las, com o fim de não lhe devolver, uma vez que os objetos foram encontrados na sua residência, logo após a apelante ter registrado uma ocorrência policial noticiando que teria sido roubada e, no crime, as jóias pertencentes à vítima teriam sido subtraídas.*

3. REDUÇÃO DA PENA BASE AO MÍNIMO LEGAL. *A magistrada sentenciante considerou como desfavoráveis as consequências do delito pelo fato da res furtiva não ter sido recuperada na sua totalidade, constituindo motivação idônea para impor a pena base em patamar superior ao mínimo legal.*

4. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime.

Nas razões do especial, fulcrado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e ao art. 59 do Código Penal.

Sustenta que configura *afronta ao princípio da ampla defesa, previsto no art. 5º LV da Magna Carta Pátria, o presente feito ser julgado ou mesmo a defesa apresentar suas alegações derradeiras sem o cumprimento de todas as suas diligências requeridas na defesa inicial e deferidas em decisão interlocutória de recebimento de denúncia* (e-STJ fl. 850).

Prossegue insurgindo-se contra a pena-base, fixada acima do mínimo legal, sem a devida fundamentação.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, reconhecendo a nulidade da sentença condenatória. Requer, ainda, a redução da pena-base e a concessão da justiça gratuita.

Contra-arrazoado (e-STJ fls. 868/876) e admitido (e-STJ fls. 878/881), manifestou-se o Ministério Público Federal, nesta instância, pelo não conhecimento do recurso, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 962):

RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA.

Superior Tribunal de Justiça

NULIDADE. CONTRARIEDADE A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO STJ. REVISÃO DA PENA BASE. DESACERTO DO ACÓRDÃO INDEMONSTRADO. SÚMULA 284/STF. EXASPERAÇÃO QUE ENCONTRA AMPARO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PREJUÍZO SUPOSTADO PELA VÍTIMA. SÚMULA N. 83/STJ. DESCONSTITUIÇÃO DO ENTENDIMENTO DO TJPA. NECESSÁRIO REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.7/STJ. NÃO CONHECIMENTO.

1. Incabível o exame de violação de preceito constitucional em recurso especial.

2. Desacerto quanto à aplicação do art. 59 do CP não demonstrada. Súmula nº 284/STF. Exasperação da pena-base que encontra amparo na jurisprudência do STJ, a qual admite que as conseqüências do crime embasadas no prejuízo suportado pela vítima configuram circunstância judicial negativa. Revisão do entendimento adotado pelo TJPA demandaria aprofundado reexame de fatos e provas.

3 Parecer pelo não conhecimento do recurso especial.

É o relatório. Decido.

O recurso comporta parcial conhecimento.

Isto porque não cabe recurso especial para alegar suposta afronta a princípios constitucionais, sob pena de usurpação de competência constitucionalmente atribuída ao STF.

No mais, a defesa, ao se insurgir contra a não realização de perícias deferidas pelo juízo, deixou de mencionar qual artigo de lei infraconstitucional teria sido supostamente violado, atraindo a incidência da Súmula 284/STF.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA A ENUNCIADO SUMULAR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 518 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. OFENSA A NORMA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. AGRAVO DESPROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

1. "Afronta à súmula não autoriza a interposição do apelo especial fulcrado na alínea "a" do permissivo constitucional. Incidência do disposto no Enunciado Sumular n. 518 deste Sodalício" (AgRg no AREsp 745.421/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016).
2. A simples presença de seguranças ou de câmeras de vigilância no local dos fatos não são suficientes para tornar impossível a consumação do crime de furto. Sumula n. 567/STJ.
3. No que tange ao pedido de aplicação do princípio da insignificância, o agravante aponta ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, sendo que "não cabe a esta Corte se manifestar, em sede de recurso especial, sobre alegada violação, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal" (AgRg no AREsp 1108487/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 23/03/2018).
4. "A ausência de indicação do dispositivo legal que teria sido supostamente violado inviabiliza o conhecimento do recurso especial, pois incide à espécie a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal" (AgInt no REsp 1642141/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018).
5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1287747/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018)

Melhor sorte assiste ao recorrente, quando sustenta violação do art. 59 do Código penal.

O julgador deve aplicar de forma justa e fundamentada a reprimenda. O *quantum* deverá ser necessário e suficiente à reprovação, atendendo-se, ainda, ao princípio da proporcionalidade.

A fixação da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do magistrado, atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Superior Tribunal de Justiça

De acordo com o art. 59 do Código Penal, a pena-base será fixada pelo juiz "atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima".

Na hipótese, a pena-base foi fixada 1 (um) ano acima do mínimo legal, nos seguintes termos (e-STJ fl. 723):

A culpabilidade está evidenciada, agiu dolosamente; os antecedentes não podem servir para a dosimetria da pena; conduta social e personalidade, não investigada, presumindo-se normais; os motivos e as circunstâncias do crime não lhe são favoráveis, pois que visava o lucro fácil; houve consequências do crime, visto que não foi recuperado "res" na sua totalidade; o comportamento da vítima em nada colaborou com a prática delituosa, assim fixo a pena base em 02(dois) anos de reclusão e 100 dias multa, esta fixada na razão de 1/30 do salário mínimo à época do fato, devidamene atualizada quando da execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, §2º do CP)

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.

No caso, o fato de o valor apropriado no crime de apropriação indébita não ter sido integralmente recuperado não pode legitimar o aumento na pena-base com supedâneo nas consequências do delito, pois a apropriação é elemento do próprio tipo penal, consoante se conclui da interpretação literal do dispositivo do art. 168 do Código Penal.

Igualmente não legitima o aumento da basilar o lucro fácil, pois tal fundamento é motivo comum aos delitos contra o patrimônio, já levado em consideração pelo legislador no momento da fixação da pena em abstrato.

Por sua vez, o comportamento da vítima é circunstância

favorável ao réu ou neutra, conforme tenha ocorrido ou não a contribuição da vítima para o delito. Não serve, assim, para justificar a exasperação da pena-base

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ART. 932, III, DO CP E DA SÚMULA 182/STJ. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DOSIMETRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TERCEIRA FASE. MAJORANTES DO ROUBO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR À MÍNIMA LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. EXTENSÃO AOS CORRÉUS.

- 1. Não impugnados de maneira específica e suficientemente demonstrada, no recurso de agravo, todos os óbices apontados na decisão de inadmissão do recurso especial, incide o art. 932, III, do CP e, por analogia, a Súmula 182/STJ, segundo a qual É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.*
- 2. Conquanto o elevado grau de reprovabilidade da conduta configure circunstância apta a justificar o aumento da pena-base, há de ser considerado mediante fundamentos concretos, não sendo admitida a mera citação do conceito de culpabilidade ou mesmo a gravidade abstrata do delito.*
- 3. Não constitui fundamento idôneo para o aumento da pena-base como motivos do delito o lucro fácil ou a pretensão de enriquecimento dos acusados, por se tratar de circunstância que não exorbita das comuns à espécie (roubo), enquanto delito de cunho patrimonial. Precedentes.*
- 4. A não recuperação dos bens, no crime de roubo, não pode ser considerada como circunstância apta, isoladamente, à elevação da pena-base.*
- 5. O comportamento da vítima que em nada concorreu para a prática delitiva não pode ser sopesado para fins de exasperação da pena-base, tratando-se de circunstância neutra ou favorável.*
- 6. Nos termos do entendimento cristalizado na Súmula 443/STJ:*

Superior Tribunal de Justiça

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.

7. Agravo regimental improvido e habeas corpus concedido de ofício para reduzir a pena imposta ao recorrente a 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa, com efeitos extensivos aos corréus. (AgRg no AREsp 562.617/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 17/12/2018)

Impõe-se assim a redução da pena-base ao mínimo legal.

Passo, então, ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, reduzo a pena-base ao mínimo legal - 1 (um) ano de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, mantenho o aumento em 1/3 (um terço), devido a presença da causa de aumento prevista no art. 168, §1º, III, do Código Penal, chegando-se ao *quantum* definitivo de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.

Verifico, todavia, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade.

Isto porque, condenado à pena inferior a 2 (dois) anos, o prazo prescricional, nos termos do art. 109, V, do CP, é de 4 (quatro) anos, já implementado desde a publicação da sentença em 10/12/2014 (e-STJ fl. 724).

Ressalte-se, ademais, que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o acórdão que confirma a condenação não constitui marco interruptivo da prescrição.

Confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. NÃO

Superior Tribunal de Justiça

INTERRUPÇÃO DO LAPSO TEMPORAL. PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ÚLTIMO MARCO INTERRUPTIVO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o acórdão que confirma a condenação, ainda que majore a pena, não constitui marco interruptivo da prescrição" (AgRg no AREsp 629.278/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/8/2016, DJe 26/8/2016).

2. A matéria não se encontra pacificada no âmbito da Suprema Corte, porquanto, em recentes julgados, a Segunda Turma tem proclamando entendimento de que o "acórdão confirmatório da condenação não é marco interruptivo da prescrição" (RE 1.182.948 AgR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/8/2019, DJe 15/8/2019). Ainda no mesmo sentido: RE 1.202.790 AgR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/6/2019, DJe 5/8/2019.

3. Transcorrido lapso superior a quatro anos desde o último marco interruptivo do prazo prescricional - publicação da sentença condenatória (11/4/2014) -, está extinta a punibilidade do agente, cuja pena privativa de liberdade foi fixada em 2 anos de reclusão, pela prática do crime previsto art. 22, caput, da Lei n. 7.492/1986.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 462.873/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 02/09/2019)

Diante do exposto, **dou parcial provimento** ao recurso para reduzir a pena do recorrente para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão. De ofício, reconheço o implemento da prescrição e declaro extinta a punibilidade do recorrente.

Intimem-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator