

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.701 - DF
(2017/0275552-1)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : PATRICK EDUARDO DE SOUZA OLIVEIRA
ADVOGADOS : LEVI DE SOUZA PIRES JUNIOR - DF036948
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DO UNICEUB
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS

DECISÃO

PATRICK EDUARDO DE SOUZA OLIVEIRA agrava de decisão que inadmitiu seu recurso especial – fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – motivada na incidência das Súmulas n. 7 e 83 do STJ.

Nas razões do recurso especial, o ora agravante apontou violação dos arts. 59 e 65, III, "d", do Código Penal e 312, 313 e 316 do Código de Processo Penal. Argumentou serem inidôneos os fundamentos utilizados para a valoração negativa da culpabilidade e das circunstâncias do delito, além de desproporcional o *quantum* de aumento imposto. Sustentou ser cabível a aplicação da atenuante da confissão e indevida a vedação de recorrer em liberdade.

Requeru o provimento do recurso, a fim de que fosse reduzida a pena imposta e garantido o direito de recorrer em liberdade.

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade, o que ensejou a interposição deste agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do agravo.

Decido.

O agravo é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade.

I. Contextualização

Extrai-se dos autos que o réu foi condenado a 5 anos, 6

meses e 10 dias de reclusão e 10 dias-multa, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 157, 2º, II, do Código Penal.

O Tribunal estadual deu parcial provimento ao apelo da defesa, apenas para alterar o regime para o semiaberto, mantendo, no mais, o acórdão.

II. Pena-base

A Corte de origem assim dosou a pena na primeira fase (fl. 208-213):

A Defesa postula a redução da pena-base, ao argumento de que ela restou fixada de modo desarrazoado e desproporcional.

O pleito não merece prosperar.

Na espécie, a pena-base do apelante foi fixada em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa.

Para tanto, **houve a valoração negativa da culpabilidade do agente e das circunstâncias do crime**, tendo o Juiz sentenciante fundamentado a pena-base do apelante nos seguintes termos (fl. 167):

[...]

No tocante à culpabilidade do artigo 59 do Código Penal, esta deve ser entendida em sentido lato, isto é, "reprovação social que o crime e o autor do fato merecem". Deve ser analisada em relação ao caso concreto, observando-se o nível de reprovação da conduta do réu, pois não basta a reprovabilidade comum do tipo penal.

Nesse sentido, a culpabilidade se traduz na censurabilidade, reprovação do ato praticado na espécie que se examina. Dessa premissa, estabelece-se que a conduta criminosa pode ostentar diversos níveis de reprovação, devendo o Julgador considerar este fator para valorar a circunstância judicial.

Sobre a circunstância judicial da culpabilidade, na primeira fase de aplicação da pena, leciona Guilherme de Souza Nucci[1], verbis:

[...]

Com efeito, o Juiz sentenciante apresentou justificativa idônea, embasada em fatos concretos, para avaliar negativamente a culpabilidade do apelante, haja vista que **fundamentou sua decisão na ousadia do agente, que, em via pública, em plena luz do dia, e em local de grande movimentação de transeuntes (como ocorre em locais**

próximos a uma academia e ao próprio Fórum da cidade), não hesitou em praticar crime de roubo, de modo a incrementar o risco à integridade física ou psíquica de outros populares que tenham presenciado a empreitada criminosa.

A fundamentação utilizada pelo Magistrado *a quo* para fixar a pena-base acima do mínimo legal está em consonância com a jurisprudência desse Egrégio Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

[...]

Assim, deve ser mantida a valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade do agente.

Do mesmo modo, deve subsistir a avaliação negativa da circunstância judicial das **circunstâncias do crime**. Em que pese parte da fundamentação utilizada - o fato de o agente ter feito uso de substância entorpecente antes do crime - não ser idônea para justificar a valoração negativa, o fato é que os demais elementos apontados pelo Magistrado sentenciante - em especial **a forma arditosa como a vítima foi abordada (a vítima foi abordada com um pedido de cigarro feito pelo apelante e seu comparsa) fundamentam idoneamente a exasperação da pena-base**. senão vejamos, *mutatis mutandis*:

[...]

Extrai-se, ainda, da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

[...]

Dessa forma, é de ser mantida a valoração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade e das circunstâncias do crime.

Indo além, não há desproporcionalidade na fixação da pena-base 01 (um) ano e 06 (seis) meses acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa de duas circunstâncias judiciais, uma vez que, conforme entendimento desta Corte de Justiça, o quantum de exasperação da pena-base é critério discricionário do Magistrado, desde que motivado. Nesse sentido:

[...]

Assim, a exasperação da pena-base em nove meses por força de cada uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis não se mostra desproporcional.

Desse modo, irretocável a dosimetria da pena-base, motivo pelo qual rejeito o pleito defensivo.

Sob tais premissas, no que tange à **culpabilidade**, entendo que as instâncias de origem destacaram, devidamente, **elementos concretos** e válidos que evidenciam maior reprovabilidade da conduta do agente, haja vista **que o crime foi praticado em local de grande circulação de pessoas – próximo ao Fórum da cidade –**, por ampliar o risco de dano a um número maior de pessoas, conforme jurisprudência desta Corte Superior, para fins de majoração da pena-base.

A propósito, nesse mesmo sentido:

[...]

2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal, pela valoração negativa da circunstância judicial referente à culpabilidade, encontra-se devidamente fundamentada nos vários disparos efetuados em face da vítima, direcionados contra sua cabeça e seu tronco, e ainda por ter o ilícito sido praticado em via pública, durante o dia, tendo o réu agido com premeditação e frieza, demonstrando ousadia incomum para casos tais.

3. O elevado grau de reprovabilidade da conduta configura circunstância apta a legitimar o aumento da pena-base e, na espécie, a fundamentação apresentada conforma-se à discricionariedade juridicamente vinculada, uma vez que o incremento foi justificado mediante elementos concretos, não havendo falar, ao contrário do sustentado pela Defesa, em mera referência ao conceito de culpabilidade.

4. O reexame dos elementos apontados pelas instâncias ordinárias quando da análise da culpabilidade demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incompatível com a via do habeas corpus.

5. Agravo regimental improvido.

(AgInt no RHC n. 91.052/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 26/2/2018)

Igualmente, **quanto às circunstâncias do delito**, também considero válida a motivação lançada pelo Tribunal de origem, porquanto salientou **o comportamento ardiloso do agente**, que se aproximou da vítima e pediu-lhe um cigarro, a fim de que ela não se atentasse para o intuito criminoso, por extrapolar os elementos comuns do tipo penal.

Ilustrativamente:

[...]

4. Do mesmo modo, correta a valoração negativa das circunstâncias do delito pelo fato de a vítima ter sido atraída

pelo local do crime com a promessa de vender um de seus pertences, indicativo de maior gravosidade da conduta delituosa, por revelar um certo ardil, o que refoge das comuns à espécie (roubo circunstanciado).

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 7 anos e 4 meses de reclusão e 30 dias-multa.

(HC n. 173.084/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 5/10/2015)

III. Proporcionalidade do aumento imposto à pena-base

A respeito do tema, cumpre salientar que a jurisprudência deste Tribunal Superior é firme em asseverar que cabe ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidir o *quantum* de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse sentido: AgRg no HC n. 516.813/PI, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 11/10/2019, AgRg no REsp n. 1.704.633/TO, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 1º/10/2019.

No presente caso, como se observa na sentença, em razão do desvalor de duas circunstâncias judiciais, a pena-base do roubo majorado foi elevada em 18 meses e 10 dias (fl. 125), ou seja, 9 meses e 5 dias para cada uma delas, que é legítimo e não fere a proporcionalidade e a razoabilidade, uma vez que o próprio tipo penal prevê um intervalo, entre a pena mínima e a máxima, de 6 anos.

Verifico, portanto, a indicação de fundamentação idônea e, por isso, não reconheço a apontada violação do art. 59 do Código Penal e mantenho o *quantum* de aumento imposto na primeira etapa da dosimetria.

IV. Confissão do agente e atenuação da pena

Pretende o recorrente a diminuição da pena, por ter havido a confissão, a respeito da qual consignou aquela Corte de origem (fl. 213):

A Defesa postula o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, aduzindo que o apelante confessou espontaneamente a prática do delito e, ainda assim, sua pena não foi atenuada por força de tal circunstância.

Porém, não lhe assiste razão.

Com efeito, **é assente o entendimento de que a confissão realizada pelo réu, se utilizada como fundamento da sentença condenatória, pode servir como atenuante da pena.** A esse respeito, confira-se o teor da Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça:

"Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal."

No caso dos autos, **observa-se que a confissão do réu não foi utilizada como fundamento da sentença guerreada, abstendo-se o douto Magistrado, inclusive, de citá-la na fundamentação do édito condenatório.** Vale destacar o seguinte trecho da sentença (fls. 106v/107):

"[...] A defesa pede o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea nos termos da Súmula 545 do STJ. Em relação ao reconhecimento da atenuante em questão, verifico que não se trata do caso de reconhecê-la, tendo em vista que a convicção deste juízo fora formada por outros elementos de prova, consistentes nas declarações da vítima e os depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão do acusado, as quais foram convergentes em apontar tanto a autoria quanto a materialidade delitiva, em razão da apreensão do telefone celular, bem como do fato de o policial Wellington ter visto o acusado se desfazer do aparelho momentos antes de sua prisão. Além do mais, a confissão do acusado se deu de forma parcial, haja vista que negou ter praticado o crime na companhia de terceira pessoa, cuja participação restou flagrantemente demonstrada através da prova testemunhal. Assim, a confissão parcial se deu com a finalidade de afastar a incidência da causa de aumento do concurso de agentes. Acontece que, tal comportamento serve na verdade como indicativo de sua personalidade, diante da prática de mentira clara, sem o menor pudor, todavia, tal circunstância não pode ser valorada para autorizar a valoração negativa da sua personalidade. Neste diapasão, deixo de reconhecer a presença da circunstância atenuante da confissão espontânea, uma vez que as palavras do acusado em nada influenciaram na formação da convicção deste juízo [...]".

Sobre o tema, confirmam-se os julgados que sustentam o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea

somente quando a confissão for utilizada para formar o convencimento do julgador, o que não é a hipótese dos autos:

[...]

Dessa forma, mostra-se correta a sentença no ponto em que não reconheceu a atenuante da confissão espontânea, de modo que é de ser indeferido o pedido defensivo.

Pela leitura do excerto transcrito, verifico que razão assiste ao agravante.

Com efeito, este Superior Tribunal possui o entendimento de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório, deve incidir a atenuante, além de ser irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que haja ocorrido posterior retratação.

In casu, ressalto que diante da confissão do réu, mesmo que parcial – negou o concurso de agentes –, e ainda que o Magistrado consigne que não a utilizou para a formação de sua convicção, não há dúvidas de que o reconhecimento do ato pelo agente robustece as provas dos autos e oferece maior certeza ao Estado quanto ao exercício correto e eficaz do *jus puniendi*, ou seja, constitui um elemento a mais a embasar a condenação. Dessa forma, constato a apontada violação legal e faço incidir sobre a dosagem da pena a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

No mesmo sentido foi editada a Súmula n. 545 do STJ. Menciono, ainda, os seguintes julgados:

[...]

1. Este Tribunal Superior possui o entendimento de que a confissão extrajudicial pode autorizar a aplicação da atenuante estabelecida no art. 65, II, "d", do CP, se utilizada para fundamentar a condenação do agente. Assim, caso a confissão do denunciado seja usada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a referida atenuante, pois é irrelevante a confissão haver sido espontânea ou não, total ou parcial, haver ocorrido posterior retratação.

2. Na hipótese, não há como considerar irrelevante o depoimento do réu perante a autoridade policial, porquanto ele, ainda que apenas na fase extrajudicial, admitiu haver

consumido duas doses de pinga 51 e não possuir carteira nacional de habilitação. Não bastasse isso, a própria exordial acusatória fez a seguinte menção: "o indiciado afirmou na Delegacia ter ingerido bebida alcoólica na referida data". Ademais, o reconhecimento da citada atenuante não está atrelado a nenhum sentimento de arrependimento.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.758.689/MT, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 2/8/2019)

[...]

1. O Superior Tribunal de Justiça entende ser devida a utilização de condenações anteriores transitadas em julgados para justificar o incremento da pena-base e caracterizar a reincidência, desde que não se incorra em bis in idem, de modo que, presente mais de uma anotação pretérita definitiva, não há ilegalidade no aumento da reprimenda inicial e intermediária.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da incidência da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial - em que o réu admite parte dos fatos a ele imputados - deve ser considerada para atenuar a pena, ou mesmo que tenha havido retratação, bastando que tenha servido para embasar a condenação. Precedentes.

3. Embora a simples subtração configure crime diverso - furto -, também constitui uma das elementares do delito de roubo - crime complexo, consubstanciado na prática de furto, associado à prática de constrangimento, ameaça ou violência, daí a configuração de hipótese de confissão parcial.

4. No que toca à compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, tem-se que a Terceira Seção do STJ, em 23/05/2012, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento segundo o qual a citada atenuante, na medida em que compreende a personalidade do agente, é igualmente preponderante à agravante da reincidência, devendo, assim, serem compensadas.

5. Entretanto, não é devida a compensação integral entre a confissão e a reincidência quando a recidiva do agente for numerosa, por evidenciar maior reprovabilidade.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda

do paciente a 8 anos e 4 meses de reclusão e 20 dias-multa.
(HC n. 396.503/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T.,
DJe 6/11/2017)

V. Readequação da pena

Reconhecida a apontada violação, passo à readequação das penas, de acordo com os parâmetros postos pelo acórdão atacado.

Na primeira fase, mantidas as negativas da culpabilidade e das circunstâncias do delito, mantenho a pena-base em 5 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão. Na segunda etapa, a pena foi reduzida em razão da menoridade relativa e, com o ora reconhecimento da confissão espontânea, diminuo a reprimenda a 4 anos de reclusão, que aumento em 1/3, na terceira fase, pela majorante do concurso de agentes, o que torna a sanção do réu estabelecida em **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial**, tão somente para reconhecer a ilegalidade perpetrada na segunda fase da dosimetria e **reduzir a pena do réu para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**