



Súmula n. 441

SÚMULA N. 441

A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

Referência:

CP, art. 83, II.

Precedentes:

| | | |
|------------|-------------------|---|
| AgRg no Ag | 763.184-RS | (5ª T, 10.10.2006 – DJ 13.11.2006) |
| HC | 74.889-SP | (5ª T, 14.08.2007 – DJ 17.09.2007) |
| HC | 118.365-SP | (5ª T, 14.04.2009 – DJe 25.05.2009) |
| HC | 139.090-SP | (5ª T, 06.10.2009 – DJe 07.12.2009) |
| HC | 141.241-SP | (5ª T, 29.10.2009 – DJe 30.11.2009) |
| HC | 122.229-SP | (5ª T, 19.11.2009 – DJe 14.12.2009) |
| HC | 34.840-RJ | (6ª T, 16.11.2004 – DJ 17.12.2004) |
| HC | 71.139-SP | (6ª T, 27.03.2008 – DJe 22.04.2008) |
| HC | 98.394-SP | (6ª T, 08.04.2008 – DJe 29.09.2008) |
| HC | 82.809-SP | (6ª T, 11.12.2007 – DJe 26.05.2008) |
| HC | 145.217-SP | (6ª T, 02.02.2010 – DJe 22.02.2010) – acórdão publicado na íntegra |

Terceira Seção, em 28.4.2010

DJe 13.5.2010

HABEAS CORPUS N. 145.217-SP (2009/0162186-0)

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: Giuliano D'Andrea - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Vanderson Mendes Faria

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE. REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. EXAME CRIMINOLÓGICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou compreensão no sentido de que, por ausência de previsão legal, a prática de falta disciplinar de natureza grave não interrompe o lapso temporal para aferição do tempo devido ao deferimento de livramento condicional.

2. São requisitos cumulativos para a concessão do livramento condicional - nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, com a nova redação introduzida pela Lei n. 10.792/03 - o cumprimento de um terço da pena no regime anterior (requisito objetivo), e bom comportamento carcerário (requisito subjetivo), ficando a lei silente sobre exigência de exame criminológico.

2. Tendo o Juízo de Execução concedido o livramento condicional, com dispensa do exame criminológico, por entender estarem preenchidos os requisitos legais, não cabe ao Tribunal *a quo*, sem fundamentação idônea, reformar a decisão para exigí-lo ou condicionar tal progressão a requisitos não constantes da norma de regência.

3. A gravidade abstrata do delito praticado e o cometimento de faltas graves, pelas quais o apenado já cumpriu as devidas punições, não constituem motivação concreta para o indeferimento do benefício.

4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 22.2.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Vanderson Mendes Faria, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso ministerial para cassar o livramento condicional concedido pelo Juízo das Execuções.

No presente *writ*, alega a impetrante que o Código Penal não prevê qualquer hipótese de interrupção do prazo exigido para a obtenção do livramento condicional, estabelecendo apenas que o condenado tenha cumprido 1/3 (um terço) do total da pena.

Assim, afirma que o julgador ofendeu o princípio da legalidade, pois não poderia ampliar o campo das restrições feitas no próprio diploma legal considerando falta cometida para obrigar o paciente à realização de exame criminológico.

Sustenta que o paciente está recuperado, sendo desnecessária sua submissão ao exame criminológico.

O pedido liminar foi indeferido à fl. 56.

O Ministério Público, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pela denegação da ordem (fls. 82/89).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Em que pese a manifestação contrária do *Parquet* Federal, a ordem merece ser acolhida.

Consoante se pode observar dos autos, o paciente teve deferido pelo Juízo das Execuções Criminais o benefício do livramento condicional.

Irresignado com a decisão, o órgão ministerial agravou em execução, e o Tribunal, acolhendo o recurso, cassou a decisão agravada, determinando a elaboração de novo cálculo para fins de benefícios, sem prejuízo da elaboração de exame criminológico.

No que tange o requisito objetivo, a jurisprudência desta Corte firmou compreensão no sentido de que, por ausência de previsão legal, a prática de falta disciplinar de natureza grave não interrompe o lapso temporal para aferição do tempo devido ao deferimento de livramento condicional.

Vejam-se os precedentes:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA PROGRESSÃO DE REGIME. LEGALIDADE. INTERRUÇÃO PARA O BENEFÍCIO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. COMUTAÇÃO. NECESSIDADE DE AFERIR OS REQUISITOS DO DECRETO PRESIDENCIAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. *O cometimento de falta grave, por falta de previsão legal, não interrompe o prazo para aquisição do benefício do livramento condicional.*

2. *Quanto ao benefício da progressão de regime prisional, as condições legais diferem, sendo certo que o cometimento de falta grave implica o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a sua concessão.*

3. *Não há como aferir, em abstrato, o direito à comutação, pois as condições e requisitos para a sua obtenção dependem do que estabelece o decreto presidencial.*

4. *Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da Execução tão-somente que analise o pedido de livramento condicional, sem sopesar o cometimento da falta grave na avaliação do critério objetivo. (HC n. 123.124/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 3/8/2009)*

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO PELO CONDENADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 83, INCISO I, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE.

1. O cometimento de falta grave embora interrompa o prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime, não o faz para fins de concessão de livramento condicional, a teor do disposto no art. 83, inciso I, da Lei de Execução Penal, que prevê cumprimento de mais de um terço do total da pena imposta.

(...) 4. Ordem parcialmente concedida apenas para afastar a interrupção do lapso temporal para a concessão do livramento condicional, mantendo no mais o acórdão quanto à obrigatoriedade de realização de exame criminológico. (HC 114.460/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 15/12/2008)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA A AQUISIÇÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL, INDULTO E COMUTAÇÃO FACE AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Juízo da Execução deve declarar a perda dos dias remidos pelo trabalho quando restar comprovado o cometimento de falta grave pelo condenado durante o cumprimento da pena.

2. O cometimento de falta grave também acarreta o reinício da contagem do lapso temporal para a concessão da progressão de regime.

3. Para a aquisição do livramento condicional não pode ocorrer a interrupção, por ausência de expressa previsão legal.

4. O magistrado só poderá considerar interrompido o prazo de cumprimento da pena para fins de comutação de pena ou indulto quando houver previsão no decreto de concessão, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

5. Ordem parcialmente concedida para determinar o reinício da contagem do prazo de cumprimento da pena somente para fins de progressão de regime, mantendo-se a perda dos dias remidos. (HC 108.438/SP, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJe de 17.11.08)

Quanto ao critério subjetivo, nos termos da jurisprudência assente nos Tribunais Superiores, o art. 112 do Lei de Execuções Penais, com a redação dada pela Lei n. 10.792/03, são requisitos que devem ser preenchidos para a concessão de livramento condicional: cumprimento de 1/3 (um terço) da pena, se não reincidente, e bom comportamento carcerário, salvo quando o magistrado,

com base nas peculiaridades concretas do caso, de forma fundamentada exigir a realização de exame criminológico ou outro laudo técnico, com a finalidade de melhor avaliar o mérito subjetivo do apenado.

Com efeito, o Juiz de primeiro grau concluiu que o apenado preenche os requisitos necessários para a concessão do referido benefício fundamentando concretamente sua decisão (fls. 66/67):

Não há que se falar em ausência de requisito objetivo para a concessão do livramento condicional.

A evasão que gerou falta grave ocorreu em Maio de 2005, tendo o sentenciado obtido realização do mesmo ano. quanto à prática de novo delito, essa ocorreu em 08/09/2005 e não tem o condão de interromper os lapsos temporais necessários para a obtenção de benefícios. Nesse sentido:

Execução penal. Progressão de regime (Lep, art. 112). Após a falta grave, não é preciso cumprir mais um 1/6 da pena. STJ - HABEAS CORPUS N. 15.787-SP (2001/0007521-5) (DJU 13.08.01, SEÇÃO 1, P. 190, J. 03.05.01). RELATOR: MINISTRO EDSON VIDIGAL.

EMENTA. HABEAS CORPUS. ROUBOS QUALIFICADOS. EXECUÇÃO. FUGA. PEDIDO DE PROGRESSÃO. NOVO PRAZO. 1. Após o cometimento de falta grave, não é necessário o cumprimento de um sexto da pena pelo condenado, a contar da transgressão, para que possa postular por nova progressão do regime carcerário, tendo em vista a ausência de previsão legal. 2. Pedido de Habeas Corpus deferido, para que o Tribunal Estadual analise o pedido do apenado.

A reincidência e a gravidade dos delitos também não deve ser óbice, pois tais fatos já foram considerados por ocasião das fixações de penas em sede de juízo de conhecimento sobre o injusto penal.

Some-se, ainda, que não se pode falar em pena longa a cumprir, pois como bem anotou a r. Defensoria Pública, a pena de 12 anos não pode ser considerada objetivamente longa em um sistema cujo máximo é de 30 anos de pena privativa de liberdade.

O comportamento carcerário do ato é bom e ele não cometeu faltas.

Ante o exposto, com base nos artigos 131 e seguintes da Lei de Execução Pena, defiro ao sentenciado VANDERSON MENDES DE FARIA, o LIVRAMENTO CONDICIONAL.

O Tribunal local cassou a decisão, alegando que a falta grave interromperia o prazo para obtenção do benefício e determinando a realização de exame criminológico a fim de aferir se o paciente alcançou o requisito subjetivo necessário à concessão da benesse, afirmando que:

O sentenciado foi condenado às penas de doze anos, seis meses e vinte e cinco dias de reclusão.

Praticou falta grave em 08.09.2005.

entendo, assim como douto representante do Ministério Público, que o cometimento de falta grave acarreta interrupção do prazo para concessão de benefícios, devendo a partir daí, iniciar-se nova contagem de tempo.

De acordo com os cálculos de fls. 6 e 21-22, o sentenciado não cumpriu o requisito temporal necessário à obtenção do livramento, sendo de rigor o indeferimento do pedido.

Não bastasse, o agravado também não preenche o requisito subjetivo.

.....
Nem poderia ser diferente. O simples atestado de bom comportamento não é, em absoluto, suficiente para comprovar o requisito específico.

Vanderson foi condenado, dentre outros, por crime de roubo qualificado, crime violento, portanto. Devia ter se submetido à perícia técnica.

Nada, absolutamente nada, permite concluir que deixou de ser pessoa perigosa. (fls. 70/72).

Na hipótese dos autos, o Juiz da Vara de Execuções Criminais concedeu a liberdade condicional ao ora paciente, de forma fundamentada, dispensando a realização do exame criminológico, por entender preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo.

Desse modo, carece de fundamentação idônea o acórdão impugnado, porquanto não apontou qualquer motivação concreta que demonstrasse o demérito do apenado, sendo certo que a gravidade abstrata do delito e até mesmo o cometimento de falta grave, pela qual o apenado já cumpriu as devidas punições, visto que ocorrida no ano de 2005, não se constitui fundamento suficiente para se negar o livramento, sobretudo quando há atestado recente de bom comportamento carcerário.

Tal circunstância evidencia o alegado constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A nova redação dada pela Lei 10.792/03 ao art. 112 da LEP tornou prescindível a realização de exames periciais antes exigidos para a concessão da progressão

de regime prisional, cabendo ao Juízo da Execução a ponderação casuística sobre a necessidade (ou não) de adoção de tais medidas. **Conforme a novel legislação basta para o livramento condicional a satisfação dos requisitos objetivo (temporal) e subjetivo (atestado de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento prisional).**

2. Todavia, apesar de ter sido retirada do texto legal a exigência expressa de realização dos referidos exames, a legislação de regência igualmente não impede que, diante do caso concreto, o Juiz possa se valer de outros instrumentos para formar a sua convicção, de maneira a justificar a decisão sobre o pedido. Precedente.

3. **A exigência de exames, porém, deve estar devidamente motivada em circunstâncias peculiares do caso concreto, uma vez que somente será necessária quando o Magistrado reputar imprescindível para respaldar a concessão do benefício.** Precedentes do STJ e do STF.

4. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, para restabelecer a decisão do Juiz da VEC, que concedeu o benefício de livramento condicional ao paciente. (HC 87.589/SP, Relator Ministro Napoleão Maia, DJe de 10.3.08), com destaques.

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. ART. 112 DA LEP. NOVA REDAÇÃO. LEI N. 10.792/2003.

I - Para a concessão do benefício da progressão de regime, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), nos termos do art. 112, da LEP, com redação dada pela Lei n. 10.792/2003, podendo o Magistrado, excepcionalmente, determinar a realização do exame criminológico, diante das peculiaridades da causa, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada (cf. HC 88.052/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 28/04/2006). (Precedentes).

II - Dessa forma, muito embora a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal não mais exija o exame criminológico, esse pode ser realizado, se o Juízo da Execução, diante das peculiaridades da causa, assim o entender, servindo de base para o deferimento ou indeferimento do pedido (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso/ Informativo-STF n. 439).

III - Evidenciado, in casu, que o mm. **Juiz da Vara de Execuções Criminais dispensou a realização do exame criminológico, e, assim, concedeu a progressão de regime ao paciente, não é permitido ao e. Tribunal a quo reformar esta decisão, e, por conseguinte, determinar a realização do referido exame, sem a devida fundamentação ou condicionar a progressão a requisitos que não os constantes no texto legal.**

Writ concedido.

(HC 96.659/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 09/06/2008), com destaques.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE.

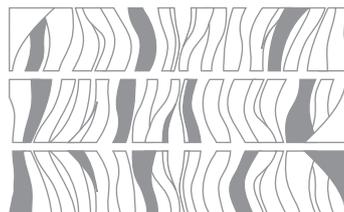
1. O requisito subjetivo necessário para o livramento condicional, fase final da pena privativa de liberdade, é o previsto no art. 83 do Código Penal: “comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto”, além da presunção de que o condenado não voltará a delinquir. As circunstâncias do crime não possuem qualquer relevância para a concessão do benefício.

2. A gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea para ensejar a cassação dos benefícios da execução penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Ordem concedida para cassar o acórdão ora atacado e restabelecer a decisão proferida pelo Juízo da Execução Criminal. Prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar. (HC 103.780/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 4.8.08), com destaques.

Pelo exposto, concedo a ordem com o intuito de restabelecer a decisão do Juiz da execução mediante a qual se deferiu ao paciente o livramento condicional.

É como voto.



Súmula n. 442

SÚMULA N. 442

É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo.

Referência:

CP, arts.155, § 4º, IV, e 157, § 2º, II.

Precedentes:

| | | |
|--------------|---------------------|---|
| REsp | 842.535-RS | (5ª T, 17.10.2006 – DJ 13.11.2006) |
| AgRg no REsp | 949.454-RS | (5ª T, 29.11.2007 – DJ 17.12.2007) |
| AgRg no REsp | 981.990-RS | (5ª T, 29.05.2008 – DJe 30.06.2008) |
| REsp | 856.225-RS | (5ª T, 07.10.2008 – DJe 28.10.2008) |
| REsp | 1.008.913-RS | (5ª T, 05.02.2009 – DJe 09.03.2009) |
| REsp | 1.106.223-RS | (5ª T, 08.09.2009 – DJe 13.10.2009) |
| REsp | 1.101.779-RS | (5ª T, 29.09.2009 – DJe 30.11.2009) – acórdão publicado na íntegra |
| REsp | 690.706-RS | (6ª T, 19.05.2005 – DJ 12.11.2007) |
| REsp | 899.482-RS | (6ª T, 09.10.2007 – DJ 29.10.2007) |
| AgRg no REsp | 737.991-RS | (6ª T, 12.06.2008 – DJe 29.09.2008) |
| AgRg no REsp | 1.031.494-RS | (6ª T, 11.11.2008 – DJe 24.11.2008) |
| REsp | 730.352-RS | (6ª T, 29.09.2009 – DJe 19.10.2009) |

Terceira Seção, em 28.4.2010

DJe 13.5.2010

RECURSO ESPECIAL N. 1.101.779-RS (2008/0250165-7)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Ezequiel Jardel Rodrigues Vital (Preso)

Advogado: Adriana Birnfeld Praetzel - Defensora Pública e outros

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO ROUBO, PREVISTA NO ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não deve ser aplicada, analogicamente, a majorante do crime de roubo prevista no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, ao furto qualificado pelo concurso de pessoas, já que inexistente lacuna na lei ou ofensa aos princípios da isonomia e da proporcionalidade.

AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. LEGALIDADE. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. *BIS IN IDEM* INOCORRENTE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA EVIDENCIADA.

1. Restando comprovada a reincidência, a sanção corporal deverá ser sempre agravada, nos termos do expressamente previsto no art. 61, I, do CP, que se encontra plenamente em vigor, importando sua exclusão em flagrante ofensa à lei federal e aos princípios da isonomia e da individualização da pena, constitucionalmente garantidos.

2. O fato de o reincidente ser punido mais gravemente do que o primário não viola a Constituição Federal nem a garantia do *ne bis in idem*, isto é, de que ninguém pode ser punido duplamente pelos mesmos fatos, pois visa tão-somente reconhecer maior reprovabilidade na conduta daquele que é contumaz violador da lei penal.

3. Recurso especial provido para afastar a incidência da causa de aumento do roubo (concurso de pessoas) no crime de furto cometido na mesma circunstância, bem como restabelecer a agravante da reincidência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 29 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 30.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de Recurso Especial interposto com suporte no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, à unanimidade, deu parcial provimento ao apelo da defesa para, mantida a condenação, desclassificar o delito de roubo para furto simples, majorado pelo concurso de agentes, reduzindo a pena aplicada, restando assim ementado:

"1. violência. ausência. furto. desclassificação. 2. concurso de agentes. qualificadora do furto. majorante do roubo. isonomia. 3. atenuante. obrigatoriedade. pena aquém do mínimo. possibilidade. 4. reincidência, falta de carga teleológica. afastamento.

Recurso Defensivo Parcialmente Provido" (fls. 197).

Consta dos autos que o recorrido foi condenado, pelo Juízo de Primeiro Grau, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, por violação ao art. 157, § 1º e 2º, inciso II, c/c art. 61, inciso I, ambos do Código Penal (fls. 151 a 155).

Interposta apelação, esta foi provida pela Corte Estadual, a qual desclassificou o delito de roubo para furto qualificado por concurso de pessoas; aplicou a pena do crime de furto simples majorada pelo percentual previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Estatuto Repressivo, bem como afastou a aplicação da

agravante da reincidência, fixando a pena em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto (fls. 197 a 201).

No Especial, o *Parquet* busca demonstrar que o aresto objurgado negou vigência ao art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, bem como divergiu de outros Tribunais pátrios e desta Colenda Corte Superior, pois aplicou o percentual de aumento da pena de roubo majorado pelo concurso de agentes ao delito de furto na mesma condição.

Afirma que não houve violação aos princípios da proporcionalidade e isonomia, razão pela qual não seria possível aplicar-se a majorante prevista para um crime a outro delito que, inclusive, possui forma qualificada pelo mesmo motivo.

Sustenta que não existe lacuna na lei apta a justificar o uso da analogia, alegando, ainda, que as aludidas infrações são de espécies diferentes, apesar de serem do mesmo gênero.

Assevera que a pena do crime de roubo é bastante elevada, motivo pelo qual foi fixado pelo legislador um percentual menor de aumento pelo concurso de agentes, ao contrário do furto, que possui sanção inferior, o que explica sua fixação, na forma qualificada, em patamar maior ao daquele.

Também alega que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 61, inciso I, do Código Penal, uma vez que a aplicação da reincidência não representa *bis in idem*, sendo certo que *“admitir-se a majoração da pena-base em razão dos maus antecedentes do recorrido - para tanto bastando uma condenação transitada em julgado -, de forma nenhuma exclui a aplicação da agravante da reincidência - se levada em consideração outra sentença penal condenatória transitada em julgado antes da prática do delito aqui analisado”* (fls. 220).

Requer o provimento do recurso, com a reforma do acórdão objurgado, *“para reconhecer a incidência da qualificadora do crime de furto em concurso de agentes, bem como para que seja aplicada a agravante da reincidência em relação ao recorrido”* (fls. 208 a 228).

Contrarrazões apresentadas, o recorrido pleiteia o não conhecimento do recurso pela falta de comprovação do dissídio jurisprudencial, pugnando pela manutenção do *decisum* proferido pelo Tribunal *a quo* (fls. 237 a 248).

Admissibilidade positiva na origem (fls. 250 e 251), sobreveio parecer da Subprocuradoria-Geral da República opinando pelo provimento do apelo especial (fls. 258 a 261).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Inicialmente, rechaça-se a preliminar arguida pela defesa, relativa à falta de demonstração do dissídio jurisprudencial, uma vez que o recorrente procedeu ao necessário cotejo analítico entre os arestos paradigma e objurgado.

Passa-se à análise do mérito.

Quanto à alegada negativa de vigência do art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, pela aplicação analógica da causa de aumento do roubo, verifica-se que, ao contrário do decidido pelo Tribunal *a quo*, não há ofensa aos princípios da isonomia e da proporcionalidade que justifique tal posicionamento pela Corte gaúcha.

Ora, a analogia deve ser utilizada somente quando houver lacuna na lei, aplicando-se a uma situação não regulada uma disposição legal relativa a um caso semelhante, o que não ocorre nos autos.

O legislador fixou a sanção do crime de roubo num patamar superior ao de furto considerando a maior gravidade do primeiro, que pressupõe violência contra a pessoa. Portanto, não pode o Judiciário criar novas regras para aplicação da reprimenda, no caso de furto qualificado pelo concurso de agentes, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, consoante já decidido por esta Quinta Turma:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 155, § 4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO ROUBO COM CONCURSO DE AGENTES. IMPOSSIBILIDADE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTE.

“I - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP.

“II - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC).

“III - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n. 231-STJ). Recurso provido” (REsp 748.482/RS, rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, j. em 15.12.2005, p. no DJU de 20.03.2006, p. 343).

Nesse vértice, veja-se:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. APLICAÇÃO DO ARTIGO 157, PARÁGRAFO 2º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. AFASTAMENTO DE MAJORAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 61, I, DO CP.

“Pelo princípio da estrita legalidade, a aplicação da analogia fica restrita às hipóteses em que não houver disposição no ordenamento jurídico.

“Havendo previsão normativa de qualificação do crime de furto praticado em concurso de pessoas (CP, artigo 155, § 4º, IV), inadmissível é a aplicação por analogia da norma do artigo 157, § 2º, II, que trata da causa de aumento de pena no crime de roubo praticado em concurso de pessoas.

“O comando legal inserto no art. 61, I, do CP, apresenta-se não só como uma faculdade ao aplicador da lei penal, mas, sim, como um dever, sempre que não for considerado fator que constitua ou qualifique o crime. Recurso provido” (REsp 715.924/RS, rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, j. em 28.09.2005, p. no DJU de 07.11.2005, p. 365).

No mesmo sentido, não discrepa a Sexta Turma:

“DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. FURTO. PENA: CONCURSO DE AGENTES. ISONOMIA COM A MAJORANTE DO ROUBO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO COM PROVIMENTO NEGADO.

“1. A aplicação analógica da majorante do roubo na hipótese de furto não se justifica nos princípios da proporcionalidade e da isonomia. A questão de direito ora analisada se encontra no âmbito da legalidade, particularmente na aplicação da regra exegética de que, diante da existência de regra que regula especificamente um fato, não há porque interpretar e aplicar outra norma, cujo objetivo é regular outra situação, objeto de valoração diferente por parte do legislador. A aplicação analógica pretendida pelo acórdão a quo implica considerações de política criminal que estão além da atividade judicante. O aplicador do direito está, em realidade, criando uma terceira norma, diferente das duas que passaram pelo processo legislativo.

“2. Agravo ao qual se nega provimento” (AgRg no REsp 987.172/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Sexta Turma, j. em 06.03.2008, p. no DJU de 24.03.2008, p. 1).

De idêntico teor:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. INAPLICÁVEL A MAJORANTE PREVISTA NO CRIME DE ROUBO. VIOLAÇÃO AO ART 155, § 4º, DO CP. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. SÚMULA 231/STJ. RECURSO PROVIDO.

“1. A legislação penal define o quantum do crime de furto qualificado pelo concurso de agentes, inexistindo, pois, lacuna, razão pela qual não se afigura possível a aplicação da majorante do roubo em igual condição.

“[...]”

“3. Recurso provido” (REsp 735.446/RS, rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Sexta Turma, j. em 06.10.2005, p. no DJU de 24.10.2005, p. 401).

Portanto, não há o que se falar em aplicação analógica da majorante de concurso de pessoas, prevista para o delito de roubo, ao crime de furto cometido na mesma circunstância.

Quanto à negativa de vigência ao art. 61, inciso I, do Estatuto Repressivo, verifica-se que a sentença, na qual o recorrido foi condenado pelo crime de roubo majorado por concurso de agentes, não considerou as condenações anteriores como Maus Antecedentes, utilizando-as somente na aplicação da agravante de reincidência, a qual compensou com a atenuante da confissão espontânea, consoante se extrai do seguinte excerto:

“O réu tinha pela consciência da ilicitude de sua conduta e podia se comportar de forma diversa. Antecedentes serão considerados na próxima fase. A personalidade mostra-se voltada a práticas ilícitas, conforme faz certo as intensas passagens policiais (fls. 21/22) e as condenações na maioria (fls. 96/98). Nada abona a conduta social. A motivação é o lucro fácil. As circunstâncias graves, haja vista a forma organizada com que praticada a infração penal, onde, aliás, para assegurar a consumação e êxito da empreitada ilícita até de um veículo os meliantes se utilizam. As consequências normais ao tipo penal, ou seja, prejuízo material. As vítimas em nada contribuíram para a infração.

Assim, analisadas as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

A reincidência se compensa com a confissão espontânea da autoria. Em razão da menoridade (o acusado tem 20 anos), diminuo a pena privativa de liberdade em 06 (seis) meses, tornando-a provisória em 4 (quatro) anos de reclusão.

Por fim, em razão do concurso de pessoas, majoro a pena em 1/3, tornando-a definitiva em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão em regime inicial fechado (reincidente).” (fls. 154 e 155, grifou-se).

Já o Tribunal recorrido, por seu turno, afastou a incidência da aludida agravante pelos seguintes fundamentos:

[...]

A pena-base, em simetria com a pena da sentença, é estabelecida em 01 ano e 03 três meses de reclusão, nos termos do “caput”, do art. 155, do CP, reduzida em 03 meses em razão da parcial confissão e da menoridade do réu, estabelecendo-a em 01 ano de reclusão.

Deixo de aplicar a agravante da reincidência porque já foi considerada entre os antecedentes do apelante e, mesmo, porque esta Câmara entende pela inaplicabilidade.

[...]

Por outro lado, esta unidade judiciária e o próprio III Grupo Criminal desta Corte acolheu a tese da inconstitucionalidade da agravante, defendida pelo eminente Des. Amilton Bueno de Carvalho, em várias decisões (E.I. 70004637344, 70004830550, etc).

*Por fim, diante da majorante do concurso de agentes, a pena vai acrescida em 1/3, atingindo o grau definitivo de **01 ano e 04 meses de reclusão**.*

Não satisfeitos os requisitos do art. 44, do Código Penal, pelo agente, deixo de substituir a pena corporal.

O regime de cumprimento vai fixado como o inicial semi-aberto, como tal o efeito da reincidência.

Por fim, reduzo a pena de multa para o mínimo legal, por entendê-la adequada à espécie" (fls. 201).

Ora, o art. 61, I, do Código Penal, expressamente dita: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: “I – a reincidência; [...]”, que se verifica “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (art. 63 do CP)

Não se olvida que com a reforma do Código Penal, a partir de 1984, a pena deixou de ter caráter unicamente punitivo, passando a ter como objetivos a reeducação do apenado e sua reinserção ao meio social. Contudo, não se pode dizer que, em razão disso, a agravante prevista no inciso I, do art. 61, do Código Penal não deveria ser aplicada.

Assim, o Tribunal impugnado não poderia, sem negar vigência ao dispositivo infraconstitucional em questão, e sem ofender os princípios da isonomia e da individualização da sanção, constitucionalmente previstos, rejeitar a aplicação da agravante da reincidência, ao fundamento da necessidade de adequação à moderna situação do direito penal por perda de carga teleológica, pois, além de a referida circunstância legal encontrar-se plenamente em vigor, segundo a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, “dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada” (REsp n. 812.481/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 25.4.2006).

Fazendo um comparativo entre a o intitulado “Direito Penal do Autor” e “Direito Penal do Fato”, CELSO DELMANTO *et alii*, deixam importante lição sobre o tema em exame:

“Como já salientamos em nota ao art. 59 sob a rubrica culpabilidade, antecedentes, personalidade, e conduta social, e o chamado ‘direito penal do autor’, a análise das circunstâncias pessoais do agente não se confunde, a nosso ver, com o

inaceitável 'direito penal do autor', em que as pessoas eram punidas em razão de sua 'personalidade criminosa', isto é, pelo perigo que sua 'personalidade' representaria à sociedade (como na negra época da Escola da Defesa Social), e não em razão de terem, efetivamente, cometido um ilícito penal ('direito penal do fato'), o que é a característica do Direito Penal moderno, fundado no valor da dignidade da pessoa humana e priorizando a tutela das liberdades individuais [...]. O fato do reincidente ser punido mais gravemente do que o primário é, a nosso ver, justificável, não havendo violação à Constituição da República e à garantia do ne bis in idem, [...]. Com efeito, se é certo que ao cumprir integralmente a pena imposta pela prática de determinado delito, o condenado, em razão desse fato, não pode ser punido novamente, a valoração da reincidência para fins de aumento de pena em relação a um novo crime cometido pelo sujeito, em prazo inferior a cinco anos (CP, art. 64) e não tendo sido ele reabilitado (CP, arts. 93 e 94), diz, em nosso entendimento, com a maior reprovabilidade de sua conduta em relação ao novo crime (cf., nesse sentido, STJ, HC 776.996, RT 850/560), já que reiteradamente vem desprezando os valores essenciais da sociedade em que vive (a vida, a liberdade etc.). O agravamento da pena em razão da reincidência, portanto, não se confunde com dupla punição em relação ao crime anterior e, tampouco, com 'maior juízo de periculosidade' do sujeito. Há, sim, uma maior reprovabilidade de sua conduta ao violar a lei penal de forma reiterada. Pelo contrário, até por uma questão de justiça, não seria proporcional que o criminoso primário receba, pelo mesmo fato, idêntica pena em relação àquele que é contumaz violador da lei penal. [...]" (Código Penal Comentado e Legislação Complementar, 7ª ed. Rev. e Atualizada, Renovar: RJ, 2007, p. 207/208).

Aliás, este Superior Tribunal já assentou que o fato de o reincidente ser punido mais gravemente do que o primário não viola a Constituição Federal nem a garantia do *ne bis in idem*, isto é, de que ninguém pode ser punido duplamente pelos mesmos fatos (vide, inclusive, nesse norte, o enunciado na Súmula n. 241 deste STJ).

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FURTO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. LEGALIDADE. OBRIGATORIEDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

"1. A não-aplicação da agravante da reincidência evidencia a violação ao artigo 61, I, do Código Penal, pois inexistente a inconstitucionalidade do dispositivo que a prevê. O simples reconhecimento da reincidência não importa em bis in idem, porquanto tão-só visa reconhecer maior censurabilidade à conduta de quem reitera a prática infracional, após o trânsito em julgado da sentença em que anteriormente foi condenado. A pena é agravada ante a dificuldade do agente ativo em aceitar a ordem legal estabelecida, não hesitando em reiterar a prática criminosa e colocar em maior risco a ordem social.

"2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp n. 916.657/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Sexta Turma, j. em 15.4.2008).

"[...]."

1- Conquanto a reincidência, em algumas hipóteses, não tenha a relevância que se lhe empresta, não pode o instituto ser considerado inconstitucional, bem como não se pode dar ao reincidente o mesmo tratamento dado a um réu primário, quando da imposição de pena.

"[...]."

"6- Ordem denegada, mas concedida, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta" (HC n. 82.851/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Quinta Turma, j. em 4.10.2007).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ART. 61, I, DO CP. NEGATIVA DE VIGÊNCIA CONFIGURADA. NON BIS IN IDEM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

"1. A Corte a quo, efetivamente, negou vigência ao art. 61, I, do Código Penal, que prevê a reincidência como circunstância legal que sempre deverá agravar a pena, sendo essa norma, portanto, de natureza cogente, ou seja, de aplicação obrigatória.

"2. Ademais, haveria bis in idem se, na fixação da pena in concreto, a reincidência fosse valorada tanto como circunstância judicial, na fixação da pena-base, quanto como circunstância agravante genérica, o que não ocorreu no caso vertente.

"{...}.

"4. Recurso conhecido e provido para determinar que o Tribunal a quo redimensione a pena imposta ao recorrido" (REsp n. 820.298/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, j. em 24.4.2007).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. REINCIDÊNCIA.

"I - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

"II - Fere o disposto no art. 61, inciso I, do CP a rejeição de sua incidência sob pretexto de bis in idem, concretamente inócua, de não ser o reincidente necessariamente mais perverso e de que o Estado é estimulador da reincidência.

"Recurso provido" (REsp n. 469.889/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10.02.2004, DJ 08.03.2004 p. 317)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA AO FUNDAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

“Ao se considerar inconstitucional o disposto na Lei, o mesmo deve ser atacado pela via extraordinária, motivo pelo qual o presente apelo não merece conhecimento pela alínea ‘a’.

“O agravamento da pena pela reincidência está de acordo com os princípios da individualização da reprimenda e da isonomia, porquanto é maior a censurabilidade na conduta do agente que reitera na prática do crime.

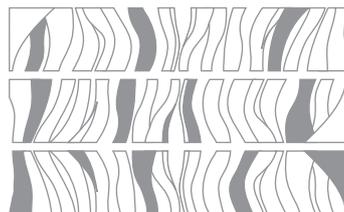
“Recurso parcialmente provido para ser aplicada a agravante da reincidência, dentro dos limites legais” (REsp n. 737.925/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, julgado em 28.9.2005, DJ 07.11.2005, p. 372).

Além disso, ao contrário do disposto no aresto objurgado, as condenações anteriores só foram consideradas pelo Juízo de Primeiro Grau para fins de aplicação da agravante da reincidência, consoante se infere do seguinte trecho, extraído da sentença: “[...] *Antecedentes serão considerados na próxima fase. [...] A reincidência se compensa com a confissão espontânea da autoria*” (fls. 154 e 155).

Nesse contexto, restando comprovada a reincidência (fls. 74 e 75), a sanção corporal deverá ser sempre agravada, nos termos do expressamente previsto no art. 61, I, do CP, pelo que se impõe a cassação do acórdão recorrido no ponto em que afastou a sua incidência, diante da evidente negativa de vigência ao disposto na citada norma penal.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso especial para, reformando o aresto impugnado, afastar a incidência da causa de aumento do roubo (curso de pessoas) no crime de furto cometido na mesma circunstância, bem como restabelecer a agravante da reincidência, determinando-se que no Juízo de Primeiro Grau seja procedida a reformulação da sanção do recorrido por violação ao art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal.

É o voto.



Súmula n. 443

SÚMULA N. 443

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.

Precedentes:

| | | |
|-----------|-------------------|---|
| HC | 34.658-SP | (5ª T, 21.09.2004 – DJ 03.11.2004) |
| HC | 103.701-SP | (5ª T, 28.10.2008 – DJe 24.11.2008) |
| HC | 97.134-SP | (5ª T, 27.11.2008 – DJe 19.12.2008) |
| HC | 123.216-SP | (5ª T, 16.04.2009 – DJe 18.05.2009) – acórdão publicado na íntegra |
| HC | 124.581-SP | (5ª T, 26.05.2009 – DJe 29.06.2009) |
| HC | 54.683-RJ | (6ª T, 17.08.2006 – DJ 04.06.2007) |
| HC | 97.857-SP | (6ª T, 21.10.2008 – DJe 10.11.2008) |
| HC | 34.992-RJ | (6ª T, 12.04.2005 – DJe 15.06.2009) |

Terceira Seção, em 28.4.2010

DJe 13.5.2010

HABEAS CORPUS N. 123.216-SP (2008/0271767-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Fernanda Costa Hueso - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Antônio Carlos da Silva Araújo

Paciente: Dezemar Gomes da Silva

Paciente: Anderson de Oliveira Chaves

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO, NA FORMA TENTADA. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA DUPLA QUALIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE QUANTO À NECESSIDADE DA EXASPERAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DIANTE DO *QUANTUM* DA PENA IMPOSTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉUS PRIMÁRIOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 2º ALÍNEA C, E § 3º DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. SÚMULA N. 269.

1. A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis aos réus, não é cabível impor regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade abstrata do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Ao condenado reincidente que teve consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e cuja

pena imposta foi inferior a quatro anos de reclusão, aplica-se o regime prisional semiaberto. Incidência da Súmula n. 269, desta Corte.

4. Ordem concedida para fixar o aumento pelas duas qualificadoras no mínimo legal, bem como estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta aos Pacientes Antônio Carlos da Silva Araújo e Anderson de Oliveira Chaves e o regime inicial semiaberto ao Paciente Dezemar Gomes da Silva, em razão de sua reincidência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 18.5.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANTÔNIO CARLOS DA SILVA ARAÚJO, DEZEMAR GOMES DA SILVA, ANDERSON DE OLIVEIRA CHAVES, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Juízo da 21ª Vara Criminal da Comarca da Capital - SP, condenou os ora pacientes, às penas de 3 anos, 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 8 dias-multa, todos pela prática do crime de roubo circunstanciado tentado.

Os recursos de apelação interpostos pela Defesa e Ministério Público foram desprovidos, nos seguintes termos:

“ROUBO AGRAVADO - Materialidade e autoria devidamente comprovadas - Confissões extrajudiciais que se amoldam ao conjunto probatório coligido, afastando

as negativas de autoria judiciais - Vítima e testemunha presencial que sempre narraram os fatos da mesma maneira, reconhecendo os agentes - Inexistência de impugnação, no momento oportuno, mesmo presentes as defesas aos atos processuais realizados - Condenações mantidas.

TENTATIVA - Percentual mínimo de redução corretamente aplicado, uma vez considerado o iter criminis percorrido.

PENAS - Percentual de acréscimo operado sobre a básica, por conta da presença de duas causas especiais de aumento de pena, que é o que melhor atende ao critério da proporcionalidade.

REGIME PRISIONAL - Inicial fechado que é o conveniente e deve prevalecer - Fixação que, embora se utilize dos mesmos parâmetros, não guarda relação de dependência com o quantum da pena imposta.

Apelos desprovidos.” (fl. 26.)

A Impetrante insurge-se contra o aumento de 3/8 (três oitavos) aplicado na sentença condenatória, em razão das majorantes previstas nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do Código Penal, bem como contra o regime prisional fechado. Requer, liminarmente e no mérito, o aumento da pena no mínimo legal (1/3) e a fixação do regime semiaberto.

O pedido liminar foi deferido, “*tão-somente, para determinar a inclusão do Paciente no regime inicial semi-aberto para o cumprimento da condenação em tela, até o julgamento do mérito do presente writ.*” (fl. 40/41.)

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento e na parte conhecida pela concessão da ordem (fls. 48/49.)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Segundo consta dos autos, os ora Pacientes foram condenados às penas de 3 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 8 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, c.c. art. 14, inciso II do Código Penal. Para fixar as penas e os regimes iniciais de cumprimento, o Juiz de primeiro grau teceu a seguinte motivação:

“[...] Passo ao cálculo das penas.

Antonio Carlos da Silva Araújo; não há circunstâncias judiciais a justificar majoração da pena base, que fixo em quatro anos de reclusão e dez dias multa. Não

há circunstâncias agravante a considerar e a circunstância atenuante genérica da confissão não opera efeitos aquém da pena mínima. Pelas duas causas especiais de aumento de pena dos incisos I e II, § 2º, o acréscimo de 3/8, somando cinco anos e seis meses de reclusão e quatorze dias-multa. Pela tentativa, a redução de 1/3, resultando as penas de três anos e oito meses de reclusão e oito dias-multa.

Anderson de Oliveira Chaves; não há circunstâncias judiciais a justificar majoração da pena base, que fixo em quatro anos de reclusão e dez dias multa. Não há circunstâncias agravantes a considerar e a circunstância atenuante genérica da confissão não opera efeitos aquém da pena base mínima. Pelas duas causas especiais de aumento de pena dos incisos I e II, § 2º, o acréscimo de 3/8, somando cinco anos e seis meses de reclusão e quatorze dias-multa.

Dezemar Gomes da Silva; não há circunstâncias judiciais a justificar majoração da pena base, que fixo em quatro anos de reclusão e dez dias multa. A reincidência (Processo 537/01 – 22ª Vara Criminal de São Paulo), fica sopesada pela circunstância atenuante genérica da confissão. Pelas duas causas especiais de aumento de pena dos incisos I e II, § 2º, o acréscimo de 3/8, somando cinco anos e seis meses de reclusão e quatorze dias multa. Pela tentativa, a redução de 1/3, resultando as penas de três anos e oito meses de reclusão e oito dias-multa. [...]

E para os três réus, o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, considerada a natureza violenta do crime de roubo duplamente qualificado, a revelar periculosidade dos agentes, em resguardo ao caráter preventivo da pena e como medida de reafirmação da norma penal vigente, baseando-se em reiterado entendimento jurisprudencial [...]" (fls. 18/19.)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, negou provimento aos apelos da Defesa, consignando, *in verbis*:

"[...] 5.- Penas-base fixadas no mínimo legalmente cominado (04 anos de reclusão e 10 dias-multa), impedindo reduções por conta de atenuantes (a confissão extrajudicial, que o Juízo reconheceu). Em seguida operou-se acréscimo de 3/8, pela incidência de duas causas especiais de aumento de pena, corretamente reconhecidas (emprego de arma e concurso de agentes), resultando em 05 anos e 06 meses de reclusão e 14 dias-multa.

Hoje, sendo cinco as causas de aumento, em ocorrendo duas, como é a hipótese, entende-se que 3/8 é o percentual que melhor atende ao critério da proporcionalidade na retribuição penal.

Ao final foram reduzidas em 1/3, por conta do conatus, resultando, definitivas, em 03 anos e 08 meses de reclusão e 08 dias-multa, este fixado no valor unitário mínimo legal.

Percentuais adequados e cálculo devidamente fundamentado, não comportando modificações.

6.- O regime prisional estabelecido - inicial fechado - é o que convém e deve prevalecer.

Não se pode desconhecer que a gravidade do crime de roubo, que vem colocando em pânico a sociedade, evidencia, sem qualquer sombra de dúvida, intensa periculosidade de seu agente, que não pode ser desconsiderada na fixação do regime inicial da pena corporal, que não guarda relação de dependência com sua quantidade. A periculosidade de autores de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça é presumida pela lei, que exige sejam submetidos, para fins de livramento condicional, à “constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir” (Art. 83, parágrafo único, CP). Essa periculosidade recomenda a adoção do regime carcerário inicial fechado.

Privilegiar-se autor de crime contra o patrimônio praticado com grave ameaça à pessoa, concedendo-se-lhe regime carcerário que não o fechado, é desatender-se às finalidades da pena, que são o juízo de reprovação sobre a conduta e a prevenção do crime.

7.- Pelo exposto, nego provimento aos apelos. [...]” (fls. 33/35).

De início, cabe ressaltar que a presença de duas qualificadoras no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o Magistrado, no caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.

A propósito, o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, assim dispõe:

“Art. 68. A pena base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento.

*Parágrafo único: **No concurso de duas causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.**” (grifei)*

Como se vê, do dispositivo não se extrai o comando de que a presença de duas causas de aumento, por si só, conduziria a majoração acima do mínimo previsto no art. 157, § 2º, do Código Penal. Esta norma visa a razoável e proporcional dosimetria da pena, ocasião em que o Magistrado deve apreciar a intensidade de cada causa especial de aumento, e não apenas efetuar um simples cálculo matemático.

Assim, para que seja exasperada a pena diante da dupla qualificação do crime de roubo, faz-se necessário, a teor do disposto no art. 93, inciso IX, da

Constituição Federal, que o Magistrado apresente fundamentação suficiente, a ponto de demonstrar que tais qualificadoras ensejam uma maior reprovabilidade na conduta do agente, o que não se deu na espécie.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte e do Pretório Excelso:

“HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA DUPLA QUALIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE QUANTO À NECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DIANTE DO QUANTUM DA PENA IMPOSTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 2º ALÍNEA B, e § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível impor regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Habeas corpus concedido para fixar o aumento da pena pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.” (HC 110.463/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 31/10/2008.)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DE PENA FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há como afastar a causa de aumento decorrente da aplicação do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, uma vez que a apreensão da arma de fogo utilizada na prática do referido delito é perfeitamente dispensável quando existem outros elementos nos autos capazes de comprovar o efetivo emprego do aludido instrumento.

2. Consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indicam a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal.

3. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma qualificadora, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação.

4. In casu, o Tribunal de origem não fundamentou o acréscimo da reprimenda em 3/8, motivo por que o percentual de aumento da pena pelas qualificadoras previstas no art. 157, § 2º, I e II, deve ser fixado em apenas 1/3.

5. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, § 2º, do Código Penal). Súmulas 718 e 719 do STF.

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses, em regime inicial semi-aberto, e 12 dias-multa. (HC 97.134/SP, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 19/12/2008.)

Desse modo, pelas qualificadoras as reprimendas deverão ser elevadas, no patamar mínimo, ou seja 1/3, totalizando 3 anos e 6 meses de reclusão e 8 dias multa.

Quanto ao regime de cumprimento de pena, verifica-se também o constrangimento ilegal, na medida em que o regime mais gravoso, no caso o fechado, foi mantido pelo acórdão em face da gravidade abstrata do delito, malgrado tenha sido a pena-base fixada no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis.

Sendo assim, deveria o julgador, quando da individualização da reprimenda penal, ter observado o disposto no artigo 33, § 2º, alínea c, e § 3º do Código Penal, com relação aos condenados Antônio Carlos da Silva Araújo e Anderson de Oliveira Chaves, por serem primários e de bons antecedentes, e pelo *quantum* fixado. Do que se conclui, pela necessidade de reforma da decisão que lhe impôs o regime inicial fechado de cumprimento de pena para adequar a individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal. A propósito:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, “c”, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, “c”, e § 3º, do CP.

III - “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.” (Enunciado n. 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003). Ordem concedida.” (HC 52.299/SP, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 29/05/2006.)

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual “*se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese*” (HC 72.315/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, os verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

“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.” (Súmula n. 718)

“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.” (Súmula n. 719)

Com relação ao Paciente Dezemar Gomes da Silva, considerando-se as circunstâncias judiciais favoráveis e o *quantum* da pena aplicada apesar da reincidência, é admissível iniciar o cumprimento da pena no regime prisional semiaberto, na linha da Súmula 269 dessa Corte Superior, que assim dispõe, *litteris*:

“É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.”

No mesmo sentido:

“PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. REINCIDÊNCIA-REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ADEQUADO O SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE

ESTABELECIMENTO ADEQUADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEDUZIDA PERANTE O TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADO.

1- Se o réu é reincidente, assim reconhecido na sentença condenatória, não há como iniciar o cumprimento de sua pena no regime aberto.

2- Se a questão de ausência de estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime semi-aberto não foi examinada pelo Tribunal Estadual, não pode este Tribunal dela conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância.

3- Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegado.” (HC 91.009/SP, 5ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJ de 07/02/2008.)

“PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 171, DO CP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE.

I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes).

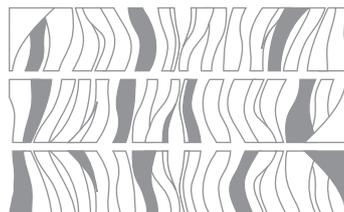
II - A alegação de ausência de dolo na conduta do paciente, no caso concreto, não comporta exame em sede de habeas corpus, em face da vedação ao minucioso exame das provas colhidas no processo (Precedentes).

III - Sendo o réu, reincidente, condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, mostra-se adequado, em princípio, o regime semi-aberto para o início da pena (Súmula 269/STJ).

Writ denegado.” (HC 55.782/SP, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 25/09/2006.)

Ante o exposto, **CONCEDO** a ordem aos Pacientes para fixar o aumento pelas duas qualificadoras no mínimo legal, restando condenados, assim, às penas de 03 anos e 06 meses de reclusão, e 8 dias-multa. **CONCEDO**, outrossim, a ordem com relação aos Pacientes Antônio Carlos da Silva Araújo e Anderson de Oliveira Chaves, para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta, mediante condições a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais, e fixar o regime inicial semiaberto ao Paciente Dezemar Gomes da Silva.

É como voto.



Súmula n. 444

SÚMULA N. 444

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Precedentes:

| | | |
|-----------|------------------|---|
| REsp | 898.854-PR | (5ª T, 22.05.2007 – DJ 29.06.2007) |
| HC | 81.866-DF | (5ª T, 25.09.2007 – DJ 15.10.2007) |
| HC | 106.089-MS | (5ª T, 03.11.2009 – DJe 30.11.2009) |
| HC | 142.241-RJ | (5ª T, 15.12.2009 – DJe 1º.02.2010) |
| HC | 96.670-DF | (5ª T, 15.12.2009 – DJe 08.02.2010) – acórdão publicado na íntegra |
| HC | 128.800-MS | (5ª T, 15.12.2009 – DJe 22.02.2010) |
| HC | 97.857-SP | (6ª T, 21.10.2008 – DJe 10.11.2008) |
| REsp | 730.352-RS | (6ª T, 29.09.2009 – DJe 19.10.2009) |
| HC | 150.266-MS | (6ª T, 19.11.2009 – DJe 07.12.2009) |

Terceira Seção, em 28.4.2010

DJe 13.5.2010

HABEAS CORPUS N. 96.670-DF (2007/0297509-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal

Advogado: Osli Barreto Camilo - Defensor Público e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Paciente: Givanildo Caitano de Souza

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. UTILIZAÇÃO. INVIABILIDADE. CAUSAS DE AUMENTO. PERCENTUAL ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU TECNICAMENTE PRIMÁRIO. ADOÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO.

1. Conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.

2. A presença de mais de uma causa de aumento de pena não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da majoração, o que não ocorreu na hipótese.

3. Exasperação, em razão das causas de aumento, reduzida para o mínimo legal de 1/3 (um terço), pela ausência de fundamentação da imposição do percentual de 3/8 (três oitavos).

4. Sendo o Condenado tecnicamente primário, a decisão que lhe impôs o regime fechado para o cumprimento de pena há de ser

reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

5. *Habeas corpus* concedido para afastar a valoração negativa das circunstâncias judiciais e reduzir a pena-base ao mínimo legal, nos termos explicitados no voto e, de ofício, reduzir o percentual decorrente da incidência das causas de aumento para 1/3 (um terço) e fixar o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, “por unanimidade, deferir o pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 8.2.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de GIVANILDO CAITANO DE SOUZA, condenado às penas de 6 (seis) anos 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, em face do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Alega o Impetrante, em suma, que teria havido a exasperação da pena-base apenas com fundamento em “*processos em andamento, inquéritos policiais e sentença recorrível.*” (fl. 03)

Pede a concessão da ordem, a fim de que seja reduzida a pena-base.

A Autoridade Impetrada prestou as informações às fls. 39/100.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 102/106).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Cuida-se de hipótese em que o Paciente restou condenado pela prática de roubo circunstanciado, praticado contra estabelecimento comercial, ocasião em que subtraiu a importância de R\$ 731,79 (setecentos e trinta e um reais e setenta e nove centavos).

A dosimetria da pena restou fundamentada nos seguintes termos:

“A culpabilidade não refoge à reprovabilidade constante do próprio tipo penal. O réu apresenta maus antecedentes (fls. 196/8), ostentando, inclusive, sentenças condenatórias (fls. 202, 205 e 206), contudo, sem gerar reincidência. A personalidade do agente encontra-se voltada para a prática criminosa, eis que responde a várias ações penais de delitos contra o patrimônio, em especial, em cometimento de crimes de roubo (fls. 204, 207, 208 e 209), o que demonstra sua periculosidade. Não há parâmetros para se aferir a conduta social do sentenciado. Os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime não merecem maiores considerações e desdobramentos. As vítimas em nada contribuíram para a ocorrência do ilícito penal.

*Atento a essas diretrizes, **fixo a pena base em 5 (cinco) anos de reclusão**, em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado.*

*Na segunda fase de aplicação da pena, verifico a existência da circunstância atenuante consubstanciada na confissão espontânea do réu (mesmo que tenha ocorrido na fase investigatória), **motivo pelo qual reduzo a pena em 6 (seis) meses, fixando-a, nesta fase, em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão**. Não há circunstâncias agravantes a serem consideradas.*

*Na terceira fase de fixação pena, não verifico a existência de causa de diminuição. Por outro lado, mostram-se presentes as causas especiais de aumento, relativas ao emprego de arma e ao concurso de pessoas, **razão pela qual aumento a pena em 3/8 (três oitavos), fixando-a, definitivamente, em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão**.*

*Quanto à pena pecuniária, considerando as circunstâncias judiciais anteriormente analisadas, condeno o réu **ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa**. Em face das causas de aumento relativas ao emprego de arma e concurso de agentes, **majoro a pena pecuniária em 3/8 (três oitavos), fixando-a, definitivamente, em 20 (vinte) dias-multa, que deverão ser calculadas, unitariamente, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, em face da condição econômica do réu (art. 60, CP).**” (fls. 19/20)*

O Tribunal *a quo* manteve a reprimenda, com base nos fundamentos expendidos pelo julgador monocrático.

A análise das circunstâncias judiciais, mormente quanto à conduta social e à personalidade do agente, está a merecer reparos.

Destarte, conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.

A propósito:

“PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PENA-BASE. AUMENTO. FATO CRIMINOSO COMETIDO DURANTE O PROCESSO. MAUS ANTECEDENTES. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A existência de inquéritos e ações penais em andamento não pode constituir fundamento para a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

2. ‘Não podem ser consideradas como maus antecedentes, aptos a majorar a pena-base, condenações cujos fatos geradores ocorreram posteriormente aos narrados na denúncia’ (HC 97.504/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 13/10/08).

3. Ordem parcialmente concedida para declarar a nulidade parcial da sentença no tocante à reprimenda imposta ao paciente e determinar ao Tribunal de origem que proceda o redimensionamento da pena-base, analisando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa nos termos do art. 44 do CP e o regime inicial de cumprimento da pena.” (HC 130.235/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 29/06/2009.)

“PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES COM BASE EM PROCESSO INSTAURADO SEM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE JÁ OCORRIDA PELO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DE SURSIS PROCESSUAL EM RELAÇÃO AO DELITO ANTERIOR. EQUIVOCADOS ANTECEDENTES TAMBÉM CONSIDERADOS COMO MÁ CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE QUE TEVE COMO BASE PRESUMIDO CRIME ANTERIOR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO TOMADA CONTRA O RÉU. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS CONSEQÜÊNCIAS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVOSO QUE O PERMITIDO PELO QUANTITATIVO DA PENA E PELA CORRETA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE REINCIDÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1- *As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder.*

2- *Inquéritos policiais e ações penais em andamento, e causas extintivas pelo cumprimento das condições do sursis processual não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.*

3- *A dupla consideração de um mesmo fato para circunstâncias judiciais diversas constitui odioso bis in idem, repudiado pela doutrina e jurisprudência,*

4- *O regime de cumprimento da pena não pode levar em consideração a gravidade abstrata do crime, mas o quantitativo da pena imposta e a correta análise das circunstâncias judiciais, além de eventual reincidência, sob pena de se chegar a regime mais gravoso que o previsto em lei.*

5- *Ordem concedida para anular parcialmente a decisão, no que se refere a dosimetria da punição e ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade recomendando-se o reexame da possibilidade substitutiva da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, depois de criteriosamente analisadas as circunstâncias judiciais.” (HC 91.135/PB, 6ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJ de 10/03/2008.)*

Outrossim, verifica-se a existência de outra ilegalidade na fixação da reprimenda, que deve ser reparada de ofício, no que diz respeito ao incremento aplicado em decorrência do número de causas de aumento.

Com efeito, a sentença, e o acórdão que a manteve, majoraram a pena em 3/8 (três oitavos), sem, contudo, tecer uma linha sequer, justificando a adoção do percentual, acima do mínimo legal.

A presença de mais de uma causa de aumento de pena não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da majoração, o que não ocorreu na hipótese.

A propósito, dispõe o art. 68, parágrafo único, do Código Penal:

“Art. 68. A pena base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento.

*Parágrafo único: **No concurso de duas causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.**” (grifou-se.)*

Como se vê, não se extrai do dispositivo transcrito o comando de que a presença de mais de uma causa de aumento, *de per se*, conduz à majoração acima do mínimo previsto no art. 157, § 2º, do Código Penal. Visa essa norma à razoável e proporcional dosagem da pena, devendo o magistrado apreciar a intensidade de cada causa especial de aumento e não apenas efetuar um simples cálculo matemático.

Assim, restou evidenciada a contrariedade ao entendimento pacificado nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que o percentual aplicado na terceira fase da aplicação da pena deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem uma maior elevação, utilizando-se o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e por obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE DUAS MAJORANTES. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA.

1. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte, a presença de duas causas especiais de aumento da pena no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima da fração mínima.

2. In casu, o juiz sentenciante não fundamentou o acréscimo da reprimenda em 3/8, motivo por que, o percentual de aumento da pena pelas majorantes previstas no art. 157, § 2º, I e II, dever ser fixado em apenas 1/3 (um terço).

3. Ordem concedida para redimensionar a pena do paciente, fixando-a em em 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.” (HC 133.675/MG, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 15/06/2009.)

“HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DE PENA FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

“1. Não há como afastar a causa de aumento decorrente da aplicação do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, uma vez que a apreensão da arma de fogo

utilizada na prática do referido delito é perfeitamente dispensável quando existem outros elementos nos autos capazes de comprovar o efetivo emprego do aludido instrumento.

“2. Consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indicam a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal.

“3. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma qualificadora, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação.

“4. In casu, o Tribunal de origem não fundamentou o acréscimo da reprimenda em 3/8, motivo por que o percentual de aumento da pena pelas qualificadoras previstas no art. 157, § 2º, I e II, deve ser fixado em apenas 1/3.

“5. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, § 2º, do Código Penal). Súmulas 718 e 719 do STF.

“6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses, em regime inicial semi-aberto, e 12 dias-multa” (HC 97.134/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª TURMA, DJ de 19/12/2008.)

De outra parte, sendo o Condenado tecnicamente primário, a decisão que lhe impôs o regime fechado para o cumprimento de pena há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

A propósito:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO POR DUAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS. AUMENTO COM BASE TÃO-SÓ NO QUANTITATIVO DAS CAUSAS DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE OUTROS FUNDAMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. ORDEM CONCEDIDA PARA REDUZIR O AUMENTO PELAS MAJORANTES E SUBSTITUIR O REGIME INICIALMENTE FECHADO PELO SEMI-ABERTO.

1- *Omissis.*

2- *A escolha do regime fechado, mesmo no caso de roubo, deve ser concretamente fundamentada, principalmente se a dosagem final da pena permitir, em tese, regime menos grave.*

3- *A gravidade abstrata do crime, por si só, não pode levar à determinação do regime fechado inicialmente, pois esta já foi considerada na escala penal a ele cominada.*

4- *Ordem concedida para reduzir o aumento pelas majorantes específicas ao mínimo legal e substituir o regime inicialmente fechado pelo semi-aberto.” (HC 92.150/SP, 6ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJ 25/02/2008.)*

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual “*se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese*” (HC 72.315/MG, 1ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

Passa-se à readequação da pena.

Em razão do afastamento da valoração negativa da conduta social e da personalidade, reduzo a pena-base de 5 (cinco) anos para 4 (quatro) anos de reclusão.

Deixo de aplicar a atenuante da confissão espontânea, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, fixando a pena, provisoriamente, no mesmo patamar.

Não há causas de diminuição, faço incidir as causas de aumento, no percentual de 1/3 (um terço) e, torno a pena definitiva em 5 (*cinco*) ano e 4 (*quatro*) meses de reclusão e pagamento de 20 (*vinte*) dias-multa, no valor estabelecido pela sentença e confirmado pelo acórdão recorrido.

Em razão do novo *quantum* da pena, deve-lhe ser aplicado o *regime semiaberto*, nos termos do art. 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem para afastar a valoração negativa das circunstâncias judiciais e reduzir a pena-base ao mínimo legal, nos termos explicitados no voto e, de ofício, reduzir o percentual decorrente da incidência das causas de aumento para 1/3 (um terço) e fixar o regime inicial semiaberto.

É o voto.



Súmula n. 445

SÚMULA N. 445

As diferenças de correção monetária resultantes de expurgos inflacionários sobre os saldos de FGTS têm como termo inicial a data em que deveriam ter sido creditadas.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 5.958/1973.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

| | |
|-----------------------------|---|
| (*)REsp 1.112.413-AL | (1ª S, 23.09.2009 – DJe 1º.10.2009) – acórdão publicado na íntegra |
| REsp 641.490-RJ | (2ª T, 03.02.2005 – DJ 11.04.2005) |
| REsp 713.793-RJ | (2ª T, 15.03.2005 – DJ 16.05.2005) |

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 28.4.2010

DJe 13.5.2010

RECURSO ESPECIAL N. 1.112.413-AL (2009/0044068-0)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Maria das Graças de Oliveira Carvalho e outro(s)

Recorrido: José Gonçalves Ferreira da Silva

Advogado: Michelle Gonçalves da Silva e outro(s)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. FGTS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. A admissibilidade do recurso especial exige a clara indicação dos dispositivos supostamente violados, bem como em que medida teria o acórdão recorrido afrontado cada um dos artigos atacados ou a eles dado interpretação divergente da adotada por outro tribunal, o que não se verifica na hipótese dos autos. A deficiência na fundamentação do recurso no pertinente ao afastamento de multa por litigância de má-fé inviabiliza a exata compreensão da controvérsia, atraindo, portanto, a Súmula n. 284 do STF.

2. No pertinente ao alegado excesso de execução, registro que não há necessidade de revolvimento de datas ou fatos, mas apenas de se definir o marco temporal da atualização monetária do débito exequendo. Portanto, a questão é estritamente jurídica e não demanda o revolvimento das premissas fáticas adotadas pelo órgão colegiado da instância de origem, o que afasta o óbice da Súmula 7/STJ.

3. O termo inicial de incidência da correção monetária deve ser fixado no momento em que originado o débito, ou seja, a partir da data em que os expurgos inflacionários deveriam ter sido aplicados no cálculo da atualização monetária dos saldos das contas vinculadas do FGTS, e não a partir da citação. Isso porque, segundo preceito

consolidado pela jurisprudência desta Corte, a correção monetária não é um plus, mas sim mero mecanismo de preservação de valor real do débito aviltado pela inflação.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 23 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 1º.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial (fls.143/146) de iniciativa da Caixa Econômica Federal - CEF interposto contra acórdão oriundo do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, nos autos de embargos à execução de sentença que determinou a aplicação dos expurgos inflacionários no cálculo da correção monetária dos saldos de conta vinculada do FGTS, reconheceu que não restou configurado o excesso de execução, considerando o valor devido deve ser atualizado a partir da data em que deveriam ter sido pagas as diferenças cobradas. É a seguinte a ementa do acórdão hostilizado (fl. 138):

Processual Civil e Administrativo. Embargos à Execução. Excesso de execução não configurado. Execução da multa por litigância de má-fé aplicada na fase de conhecimento. Sentença confirmada. Apelação improvida.

Nas razões recursais, fundadas na alínea “a” do permissivo constitucional, sustenta-se que o acórdão recorrido contrariou o disposto nos arts. 475-L e 743, I, do CPC, sob o argumento de que há excesso nos cálculos, porquanto (a) “as análises da Caixa obedeceram estritamente à decisão exequenda” (fl. 144); (b) a simples análise dos extratos e cálculos elaborados pela Caixa revelam a regularidade dos cálculos, que adotaram o índice de poupança existente no primeiro dia de cada mês até a presente data; (c) a planilha adotada pelo exequente, ora recorrido, utilizou como termo inicial da progressão dos cálculos o mês de junho de 2003, quando o correto seria adotar o mês da citação no processo de conhecimento, qual seja, agosto de 2006. Defende, ainda, o afastamento da penalidade de litigância de má-fé na fase de execução.

Às fls. 152/159, o recorrido apresentou contrarrazões, postulando pela manutenção do *decisum* atacado.

Por decisão de fl. 161, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região admitiu o recurso especial e, por considerá-lo representativo de controvérsia, na medida em que a questão nele debatida tem sido discutida em multiplicidade de recursos com fundamentação idêntica, determinou seu processamento de acordo com o regime previsto no art. 543-C, § 1º, do CPC.

Por parecer de fls. 182/188, o Ministério Público Federal opinou pela não conhecimento do apelo, asseverando que a apuração de eventual excesso de execução impõe, necessariamente, o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado na via estreita do recurso especial, a teor do enunciado n. 7 do STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Não assiste razão à parte recorrente.

Em primeiro lugar, quanto ao afastamento da multa por litigância de má-fé, verifica-se que a parte recorrente não invocou, de forma precisa e adequada, quais os dispositivos de lei federal teriam sido violados.

Na realidade, limitou-se a tecer alegações genéricas, sem, contudo, apontar de forma expressa o dispositivo de lei federal tido por violado. Logo, aplicável o veto descrito no enunciado n. 284 da Súmula do Excelso Pretório, conforme precedentes abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ELENCO PADRONIZADO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO EXPRESSA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS SUPOSTAMENTE MALFERIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. A ausência de indicação da lei federal violada, bem como o fato de o recorrente não apontar, de forma inequívoca, os motivos pelos quais considera violados os dispositivos de lei federal eventualmente indicados, em sede de recurso especial, como malferidos, revela a deficiência das razões do mesmo, atraindo a incidência do enunciado sumular n. 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (Precedentes: REsp n. 156.119/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 30/09/2004; AgRg no REsp n. 493.317/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 25/10/2004; REsp n. 550.236/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 26/04/2004; e AgRg no REsp n. 329.609/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 19/11/2001).

(...)

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.040.522/ES, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 28.5.2009)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. (...) DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...).

(...)

3. O recurso especial deve indicar, de forma expressa o dispositivo de lei federal tido por violado, com a exposição clara e exata da tese defendida pela Recorrente e, portanto, a alegação de ofensa genérica à norma federal, atrai à espécie o verbete da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

(...)

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.007.981/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 15.9.2008)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREPARO. GUIAS DE RECOLHIMENTO. JUNTADA POSTERIOR. DESERÇÃO. IRREGULARIDADE FORMAL. SÚMULA 283 DO STF. NÃO INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS SUPOSTAMENTE VIOLADOS. SÚMULA 284 DO STF.

[...]

2. A admissibilidade do recurso especial exige a clara indicação dos dispositivos supostamente violados, bem como em que medida teria o acórdão recorrido afrontado cada um dos artigos atacados ou a eles dado interpretação divergente da adotada por outro tribunal, o que não se divisa na espécie. Incidência da Súmula 284 do STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 737.084/RJ, Rel. Juiz convocado do TRF 1ª Região Carlos Mathias, Quarta Turma, DJU 22.9.2008)

Quanto ao excesso de execução, defende a recorrente que a planilha de cálculos apresentada pelo recorrido configura excesso de execução, pois utilizou-se “o início da progressão de seus cálculos em junho de 2003, quando o correto seria utilizar o mês da citação da Caixa, a qual aconteceu em agosto de 2006” (fl. 145).

No ponto, registro que o conhecimento do recurso especial não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

Isso porque os fatos nos quais fundamentou-se a decisão agravada foram expressamente consignados no aresto recorrido, conforme trecho do voto condutor que bem elucida a questão (fl. 138):

“Não restou configurado o excesso de execução alegado, pois o valor devido deve ser atualizado desde quando deveriam ter sido pagas as diferenças cobradas referentes à remuneração das contas de FGTS, em razão de não constituir, a atualização monetária, um plus, mas tão somente fator de manutenção do valor real do crédito. E, no caso destes autos, a data da última atualização, conforme extratos às fls. 22 e 23, se deu em junho de 2003, termo inicial, portanto, da progressão dos cálculos.

A data da citação, que se deu, em fase cognitiva, em agosto de 2003, serve de marco inicial apenas do prazo de aplicação dos juros moratórios”

Como se observa, não há necessidade de revolvimento de datas ou fatos, mas apenas de se definir o marco temporal da atualização monetária do débito exequendo.

Dito de outro modo, a controvérsia dos autos é a seguinte: a correção monetária dos débitos judiciais (condenação da CEF ao pagamento das diferenças de remuneração incidentes sobre os depósitos vinculados ao FGTS) incide a partir da citação ou a partir da última atualização do débito exequendo?

A questão ora em exame, portanto, é estritamente jurídica e não demanda o revolvimento das premissas fáticas adotadas pelo órgão colegiado da instância de origem, o que afasta o óbice da Súmula 7/STJ.

Assim, afastadas a preliminar, passo ao exame da questão de fundo aventada no recurso especial.

O termo inicial de incidência da correção monetária deve ser fixado no momento em que originado o débito, ou seja, a partir da data em que os expurgos inflacionários deveriam ter sido aplicados no cálculo da atualização monetária dos saldos das contas vinculadas do FGTS, e não a partir da citação da ação de conhecimento. Isso porque, segundo preceito consolidado pela jurisprudência desta Corte, a correção monetária não é um plus, mas sim mero mecanismo de preservação de valor real do débito aviltado pela inflação. Sobre o tema, citam-se os seguintes julgados:

FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA. JURISPRUDÊNCIA ITERATIVA. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. FALTA DE INTERESSE EM RECORRER. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. OCORRÊNCIA.

- O STJ já pacificou entendimento quanto ao termo inicial da correção monetária dos depósitos do FGTS, ou seja, desde quando procedida incorretamente.

- Tranqüila ainda a jurisprudência sobre a incidência dos juros moratórios, à razão de 0,5% a.m, na atualização monetária, independentemente da movimentação da conta vinculada.

- Falta interesse à CEF em recorrer quanto aos juros progressivos porquanto o acórdão Regional já reconheceu a sua inaplicabilidade no particular.

- Sendo os litigantes em parte vencedores e vencidos, imperiosa a divisão proporcional das despesas e dos honorários, a teor do art. 21 do CPC.

- Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

REsp 713.793/RJ RECURSO ESPECIAL 2004/0185265-0 Relator(a) Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 15/03/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 16/05/2005

RECURSO ESPECIAL. FGTS. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA EM QUE OS VALORES DEVERIAM SER CREDITADOS. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. SÚMULA N. 154/STJ. JUROS MORATÓRIOS DE 6% AO ANO. RECONHECIMENTO DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ARTIGO 29-C DA LEI N. 8.036/90. ISENÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MATÉRIA NÃO-PREQUESTIONADA.

O lapso prescricional nas ações de cobrança de contribuição de FGTS é trintenário. Aplicação da Súmula n. 210.

O termo inicial da incidência da correção monetária segundo entendimento jurisprudencial chancelado no âmbito da Egrégia Primeira Seção deste Sodalício é a data em que os valores deveriam ter sido creditados, e não a partir da propositura da ação.

No tocante à taxa progressiva de juros, deve prevalecer o entendimento de que é devida aos optantes pelo FGTS, nos termos da Lei n. 5.958/73, como expressa a Súmula n. 154.

Quanto às verbas da sucumbência, trata-se de matéria pacífica neste Sodalício que, quando ambas as partes decaem de seu direito pleiteado, aplica-se o art. 21 do Código de Processo Civil.

Não-conhecimento da tese recursal relacionada à violação do disposto no artigo 29-C da Lei n. 8.036/90, por ausência de prequestionamento.

Recurso especial parcialmente conhecido e provido em parte, para determinar que as partes arquem com as verbas da sucumbência na proporção do respectivo decaimento.

REsp 641.490/RJ RECURSO ESPECIAL 2004/0022069-6 Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO (1117) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 03/02/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 11/04/2005

Pelas considerações expostas, **CONHEÇO PARCIALMENTE** do recurso, e, nesta parte, **NEGO-LHE PROVIMENTO**.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, bem como aos Tribunais Regionais Federais, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).