



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1763890 - RJ (2020/0246599-3)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
AGRAVANTE : JOSE CLAUDIO FIGUEREDO COSTA
ADVOGADO : LEONARDO CARDOSO DE CASTRO DICKINSON E OUTRO(S) - RJ201110
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por JOSÉ CLAUDIO FIGUEREDO COSTA contra a decisão que inadmitiu o recurso especial em razão da incidência das Súmulas n. 7 do STJ e 279 do STF.

Alega o agravante que os pressupostos de admissibilidade do recurso especial foram atendidos.

O recurso especial, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0009767-37.2012.8.19.0002).

O recorrente aponta violação do art. 61, II, *h*, do Código Penal, defendendo ser incabível o aumento na fração de 1/2, sem que haja fundamentação idônea para a elevação da pena em fração superior a 1/6.

As contrarrazões foram apresentadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do agravo para que seja dado provimento ao recurso especial.

É o relatório. Decido.

O recurso merece prosperar.

No que diz respeito à agravante mencionada, dispôs a sentença o seguinte (fl. 670):

2a Fase: Não há atenuantes, eis que o réu não confessou o delito de estelionato, embora reconheça os fatos, negando o dolo específico. Reconheço a agravante prevista no 61, II, alínea "h" e aumento a pena base para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, bem como a reincidência do réu.

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso de apelação da defesa para "extirpar da sentença adversada a expressão 'bem como a reincidência do réu', entretanto, tal providência não terá reflexo algum na reprimenda aplicada pelo juízo *a quo*" (fl. 757).

No julgamento de embargos declaratórios, o Tribunal concluiu que, "como exposto no aresto adversado (fls. 756/757), o calibre da pena não foi objeto de reparo por esta superior instância, pelo que, por decorrência lógica, restou referendado pelo Colegiado" (fl. 798).

É assente no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o aumento da pena em razão das agravantes genéricas em patamar superior a 1/6 requer fundamentação concreta e específica, o que não ocorreu no presente caso.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. 1) VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. 2) AGRAVANTE DECORRENTE DA QUALIFICADORA DO PERIGO COMUM. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3) AUSÊNCIA DE ERRO OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. PENA APLICADA DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. REVISÃO QUE ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Esta Corte tem entendido que "em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta" (AgRg no REsp 1822454/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/9/2019).

2.1. No caso dos autos, as instâncias ordinárias destacam fundamentação concreta para agravar a pena do recorrente, ressaltando que o denunciado utilizou uma espingarda cartucheira empregando munição de múltiplos balins de pequena circunferência com potencial de atingir várias pessoas simultaneamente, razão pela qual o acórdão não merece reparos.

3. Inexistente erro ou flagrante ilegalidade na dosimetria da pena aplicada, a desconstituição do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias encontra óbice no Enunciado n. 7 da Súmula/STJ, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.842.007/TO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 6/8/2021.)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. CORRUPÇÃO DE MENOR. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME FECHADO. REINCIDÊNCIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 269/STJ. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração diversa de 1/6 exige motivação concreta e idônea. Precedentes.

4. Evidenciado que o aumento de 1/2 sobre a pena-base, em razão da agravante da reincidência, foi definido no acórdão impugnado sem a indicação de qualquer motivação, o paciente faz jus à aplicação do índice de 1/6 pela presença da agravante genérica.

[...]

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda dos pacientes para 2 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa, e estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da reprimenda a eles imposta. (HC n. 540.452/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 26/3/2020.)

Passo assim à dosimetria da pena.

Mantenho a pena-base em 1 ano e 6 meses de reclusão e em 14 dias-multa. Na segunda fase,

aumento a pena, considerando somente a fração de 1/6, ante apenas uma agravante, pelo que fica a pena fixada em **1 ano e 9 meses de reclusão e em 16 dias-multa**, que torno definitiva ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição.

Mantenho o regime inicial aberto, fixado na instância de origem.

Incabível ainda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos em face da existência de circunstância judicial desfavorável relativa aos maus antecedentes, nos termos do art. 44, III, do CP.

A propósito: AgRg no HC n. 651.770/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 30/4/2021; e AgRg no HC n. 674.478/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 30/8/2021.

Ante o exposto, **conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial a fim de alterar o aumento relacionado à agravante do art. 61, II, *h*, do CP para a fração de 1/6.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 22 de setembro de 2021.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator