RECURSO ESPECIAL Nº 1.756.555 - AL (2018/0190049-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
RECORRENTE	:	MANOEL CONCEICAO DA SILVA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ANTECEDENTES. INCABÍVEL A UTILIZAÇÃO DE PROCESSO-CRIME AINDA EM CURSO. SÚMULA N.º 444/STJ. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTO GENÉRICO. CULPABILIDADE. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MANOEL CONCEIÇÃO DA SILVA, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (Apelação Criminal n.º 0006980-70.2016.8.02.0001).

Consta dos autos que o Juiz de primeiro grau condenou o Recorrente à pena de 23 (vinte e três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2.º, inciso IV, do Código Penal (fls. 799-802).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu parcial provimento para, afastando a valoração negativa dos vetores atinentes às consequências do crime e ao comportamento da vítima, redimensionar a reprimenda corporal ao patamar de 17 (dezessete) anos e 3 (três) meses de reclusão, mantidas as demais cominações fixadas na sentença, nos termos da seguinte ementa (fl. 919):

> *"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA. VIABILIDADE. PRIMEIRA FASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA REAVALIADOS. SEGUNDA FASE. APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA A FRAÇÃO DE UM SEXTO CADA. INVIABILIDADE. REDUÇÃO PROPORCIONAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME."*

Alega o Recorrente, nas razões do apelo nobre, afronta aos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal.

Sustenta que, nos termos da Súmula 444/STJ, a existência de inquéritos policiais ou ações penais em curso não são fundamentos idôneos para exasperara a pena-base no tocante aos antecedentes.

Defende que não se apresenta apto a majorar a reprimenda, na primeira fase da dosimetria e no que diz respeito à conduta social, a afirmação de que o Acusado estaria envolvido com o tráfico de drogas.

Pondera que o reconhecimento das atenuantes relativas à confissão espontânea e menoridade relativa deveria ter conduzido à redução da pena definitiva em patamar superior ao que foi levado a efeito pelas instâncias ordinárias, isto é, é preciso fazer incidir a fração de 1/6 (um sexto) para cada uma.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 949-951) e admitido o recurso especial (fls. 953-956), subiram os autos a este Tribunal Superior.

O Ministério Público Federal apresentou parecer (fls. 967-970), opinando pelo não conhecimento e, caso conhecido, pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

Decido.

O acórdão recorrido, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 921-925; sem grifos no original):

> *"Nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, 05 (cinco) foram avaliadas em desfavor do réu, quais sejam, culpabilidade, antecedentes, conduta social, consequências do crime e o comportamento da vítima. Passo a análise de cada uma delas.*
>
> *Na **culpabilidade** o magistrado assim asseverou (fl. 800): **'totalmente comprovada, sendo altamente reprovável sua conduta, onde, na companhia de terceiros, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, comprovando a reprovabilidade e tamanho grau de culpabilidade na prática criminosa levada a efeito, sendo totalmente desfavorável esta circunstância a sua pessoa'**.*
>
> *Na primeira fase, quanto à culpabilidade , tem-se que deve ser analisada pelo grau de censurabilidade da conduta.*
>
> *Embora sucinta, não há como valorar essa circunstância de forma favorável ao apelante, pois, além de avaliar o grau de reprovabilidade do ato, realizou ponderações concernentes ao crime em tela. **Acertada, desse modo, a decisão do magistrado, ao valorar negativamente esta circunstância.***
>
> *Na sequência, em relação aos **antecedentes**, o magistrado afirmou que 'em pesquisa realizada o Sistema de Automação Judiciária*

de Alagoas - SAJ, ***é possível verificar que o acusado responde por 8 (oito) outras ações penais de competência do júri, sendo totalmente desfavorável esta circunstância contra a sua pessoa****' (fl. 800).*

Cumpre observar que um indivíduo portador de maus antecedentes, nem sempre será, necessariamente, portador de uma conduta socialmente desajustada, assim como não é regra que alguém que jamais tenha perpetrado delitos não possa ter uma vida social repleta de deslizes e infâmias.

[...]

A despeito que ***consta nos autos, o ora apelante responde a outros oito processos criminais, todos relativos a homicídio, tomando-se impossível o acolhimento da referida circunstância judicial como favorável ao réu, razão pela qual a mantenho em seu desfavor****.*

Quanto a ***conduta social****, relaciona-se com o comportamento do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e na convivência com os outros. É o estilo de vida do réu, correto ou inadequado, perante a sociedade, sua família, ambiente de trabalho, círculo de amizades e vizinhança etc.*

O magistrado expôs na sentença que 'o acusado possuía conduta social reprovável na época do fato, pois há nos autos que ***o mesmo seria envolvido com o tráfico de drogas na região, sendo totalmente desfavorável esta circunstância a sua pessoa****' (fls. 800).*

Nesse ponto, ***a referida circunstância deve ser mantida desfavoravelmente ao réu****, pois demonstrou ser o ora apelante pessoa de reprovável conduta social, sendo responsável pelo tráfico de drogas na região e a prática do crime de homicídio.*

Em relação as ***consequências do crime****, o magistrado* a quo *alegou são 'gravíssimas – até porque* ***uma vida foi levada****, face as circunstâncias em que os fatos se deram, daí ser totalmente desfavorável a sua pessoa mais essa circunstância (fl. 800).*

[...]

Portanto, ***a circunstância judicial referente às consequências do crime deve ser modificada.***

Por fim, em relação ao ***comportamento da vitima****, consta que '****não favoreceu e nem incentivou a ação do agente****, pelo que deve ser levada também* ***em desfavor do réu*** *esta circunstância, até porque* ***a vítima nada fez no momento dos fatos****' (fl. 800).*

[...]

Por isso, a fim de oferecer celeridade processual, evitando que a decisão desse Tribunal ofereça azo a recursos dirigidos para Tribunais Superiores, ***passo a valorar o comportamento da vítima, quando neutro, de modo a não influenciar no cálculo da pena base****, ressalvando apenas que, no âmago, ainda guardo posicionamento pessoal diverso.*

Desse modo, após analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico, com base na fundamentação construída logo acima, em que as circunstâncias judiciais referentes a culpabilidade, antecedentes e conduta social devem ser mantida desfavoravelmente ao apelante e o comportamento da vítima como neutra.

Desse modo, o intervalo da pena para o crime de homicídio

qualificado é entre 12 (doze) e 30 (trinta) anos de reclusão.

Com ***apenas três circunstâncias negativas*** *(culpabilidade, antecedentes e conduta social),* ***reduzo a pena-base de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão para 18 (dezoito) anos e 09 (nove) meses de reclusão****.*

Na fase intermediária, alega a defesa que, ao reconhecer as atenuantes da ***menoridade relativa*** *e da* ***confissão espontânea****, o magistrado reduziu a pena em um percentual inferior ao recomendado, de forma a tornar desproporcional o quantum de redução, na qual deveria aplicar a fração de 1/6 (um sexto) para cada uma dela.*

Não assiste razão ao pleito defensivo.

[...]

Portanto, ***aplico a redução em 01 (um) ano e 06 (seis) meses****,* ***perfazendo uma pena intermediária de 17 (dezessete) anos e 03 (três) meses de reclusão****, na qual* ***a torno definitiva*** *por ausência de causas de aumento ou diminuição.*

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer da presente apelação, para no mérito, dar-lhe parcial provimento, alterando-se a pena final do apelante de 23 (vinte e três) anos e 06 (seis) meses para 17 (dezessete) anos e 03 (três) meses de reclusão em regime inicialmente fechado."

No que tange à valoração negativa dos antecedentes do ora Recorrente, o entendimento adotado pela Corte de origem está em dissonância com a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem ser utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime. Nesse sentido, dispõe a Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça:

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

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSECTÁRIOS. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.*

[...]

3. Uma vez que, na data em que cometido o crime de tráfico de drogas em questão, os processos havidos em desfavor do acusado ainda não registravam a eventual existência de condenação transitada em julgado, não há, ao contrário do que afirmou a Corte de origem, como sopesá-los a título de maus antecedentes, em atenção ao enunciado na Súmula n. 444 desta Corte Superior de Justiça.

[...]

6. Ordem concedida a fim de: a) aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa; b) fixar o regime aberto de cumprimento de pena; c) determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto." (HC 359.813/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe de 22/06/2018.)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. *ROUBO MAJORADO. MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA 444/STJ. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO. EMBARGOS REJEITADOS.*

[...]

3. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.'

[...]

5. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no HC 170.439/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe de 11/04/2018.)

De outra parte, a mera afirmação no sentido de que o Réu estaria envolvido com o tráfico ilegal de entorpecentes não é elemento hábil a alicerçar a majoração da pena-base, mediante juízo de valor negativo acerca da conduta social daquele.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 121, § 2º, I e IV DO CÓDIGO PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

2. A simples menção de que o agente se dedica ao tráfico de drogas não autoriza a avaliação negativa da conduta social. (HC 227.178/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 24/02/2014)

[...]

> *5. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 1065224/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017)
>
> "HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MAJORANTE. INTERESTADUALIDADE.* BIS IN IDEM. *NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADA. SANÇÃO REDIMENSIONADA.*
>
> [...]
>
> *3. O simples argumento de que o paciente 'se dedica ao tráfico' não justifica, por si só, a valoração negativa da conduta social, visto que, além de o fato de traficar, por si só, ser por demais genérico, tal fundamento não se reporta especificamente ao caso dos autos; antes, serve para qualquer crime de tráfico de drogas abstratamente considerado.*
>
> [...]
>
> *11. Ordem não conhecida.* Habeas corpus *concedido, de ofício, apenas para reduzir em parte a pena-base imposta em relação a ambos os delitos, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 19 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 2250 dias-multa."* (HC 227.178/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe de 24/02/2014.)

No que tange à culpabilidade, cujo desvalor atribuído pelo magistrado primevo foi mantido pelo Tribunal *a quo*, entendo que há ilegalidade patente, apta a ser corrigida por meio de *habeas corpus* de ofício.

Com efeito, para fundamentar o entendimento adotado, as instâncias ordinárias delinearam que essa circunstância judicial estava "[...] *totalmente comprovada, sendo altamente reprovável sua conduta, onde, na companhia de terceiros, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, comprovando a reprovabilidade e tamanho grau de culpabilidade na prática criminosa levada a efeito, sendo totalmente desfavorável esta circunstância a sua pessoa"* (fl. 921).

Como se vê, a **culpabilidade** foi julgada em desfavor do ora Recorrente

com base em motivação genérica e abstrata, que se limitou a fazer alusão a elementos ínsitos ao tipo penal qualificado, sendo certo que tais fundamentos não se apresentam idôneos para o aumento da pena-base no tocante à citada circunstância judicial.

Nesse sentido:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS E ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEUTRA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> [...]
>
> *2. 'A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a majoração da pena-base deve estar fundamentada na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, valoradas negativamente em elementos concretos, mostrando-se inidôneo o aumento com base em alegações genéricas e em elementos inerentes ao próprio tipo penal' (HC 372.144/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 19/5/2017).*
>
> [...]
>
> *4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no REsp 1.667.814/AL, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe de 18/04/2018.)
>
> *"PENAL. RECURSO ESPECIAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. HEDIONDEZ. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE 1/3. MANUTENÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECLUSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. RECONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DA DEFESA CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. EXECUÇÃO DA PENA DETERMINADA.*
>
> [...]
>
> *3. A motivação dispensada à majoração da pena-base quanto às circunstâncias é genérica e não revela elemento acidental, mas tão somente aqueles ínsitos ao tipo penal descrito.*
>
> [...]
>
> *8. Recurso especial do Ministério Público provido. Agravo em recurso especial da defesa conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento. Execução imediata da pena determinada."* (REsp 1.427.703/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em

24/10/2017, DJe de 06/11/2017.)

Fixadas essas premissas, passo ao redimensionar a pena imposta ao Recorrente.

a) **1.ª Fase** – Afastada a valoração negativa dos vetores relativos à culpabilidade, antecedentes e conduta social, fixo a pena-base no mínimo legal, isto é, 12 (doze) anos de reclusão;

b) **2.ª Fase** – Não há agravantes a serem consideradas e, no tocante às atenuantes reconhecidas pelas instâncias ordinárias – confissão espontânea e menoridade relativa –, nos termos da Súmula 231/STJ, essas não têm o condão de reduzir a reprimenda aquém do mínimo legal. Portanto, mantido na fase intermediária o *quantum* anteriormente mencionado; e

c) **3.ª Fase** – Não há causas de aumento o redução de pena a observar. Nesse diapasão, fixo a pena definitiva em **12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no delito previsto no art. 121, § 2.º, incisos IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal.**

Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para afastar a valoração negativa dos antecedentes e conduta social do Agente. CONCEDO *habeas corpus*, de ofício, para arredar também o desvalor atribuído à culpabilidade do Recorrente e redimensionar a reprimenda ao patamar mencionado nesta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora