RECURSO ESPECIAL Nº 1.744.456 - RS (2018/0128643-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	CARLOS ALBERTO DE CANDIDO
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por CARLOS ALBERTO DE CANDIDO com fundamento na alínea "a" do inc. III do art. 105 da Constituição Federal – CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS.

Consta dos autos que o recorrente interpôs ação revisional que foi julgada improcedente, por maioria. O acórdão ficou assim ementado:

> *REVISÃO CRIMINAL. TENTATIVAS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. REDUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE ERRO OU INJUSTIÇA QUE AUTORIZE A REVISÃO.*
>
> *1. No âmbito da Revisão Criminal, o apenamento imposto na sentença condenatória transitada em julgado somente deve ser revisto quando ocorrer injustiça ou erro na pena aplicada ou quando se descobrirem novas circunstâncias que determinem ou autorizem diminuição especial da pena. Esse não é o caso dos autos. A questão trazida para discussão, qual seja, eventual ocorrência de reformatio in pejus em recurso exclusivo da defesa quando, embora afastadas algumas vetoriais, a pena-base é mantida com fundamento nas demais circunstâncias judiciais consideradas, é matéria controvertida, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores, não comportando rescisão da coisa julgada material por este fundamento.*
>
> *2. Entendimento jurisprudencial que, à época do julgamento, agasalhava a consideração negativa de múltiplas condenações definitivas em diferentes circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Alteração de jurisprudência que não autoriza a revisão.*
>
> *3. Exasperação da reprimenda basilar em 02 anos (tentativa de homicídio qualificado) que não se afigura desproporcional, haja vista terem sido fundamentadamente consideradas em desfavor do réu três circunstâncias judiciais.*
>
> *REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE. POR*

MAIORIA (fl. 50).

Em sede de recurso especial, a defesa alegou violação dos artigos 617 do Código de Processo Penal – CPP e 59 do Código Penal – CP, porquanto o pleito de revisão criminal foi indeferido, embora constatado que o Tribunal de origem decotou uma circunstância judicial desfavorável, mas manteve o patamar da pena-base, em julgamento de recurso de apelação. Destaca o REsp 1547734/PE em favor de sua tese.

Em seguida, a defesa sustentou violação ao art. 59 do CP, pois a valoração negativa da conduta social e da personalidade decorreu da existência de condenações penais anteriores. Aduz que as referidas condenações também foram sopesadas para configuração de reincidência, em *bis in idem*. Acrescenta ser possível a revisão criminal quando a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante.

Requer o provimento do recurso.

Contrarrazões (fls. 102/111).

Admitido o recurso (fls. 113/121), os autos vieram a esta Corte.

O Ministério Público Federal – MPF opinou pelo provimento do recurso (fls. 136/146).

É o relatório. Decido.

Sobre a violação aos artigos 617 do CPP e 59 do CP, o Tribunal de origem firmou entendimento de que a exclusão de circunstância judicial desfavorável em recurso exclusivo da defesa não implica obrigatoriamente na redução da exasperação da pena-base, nos seguintes termos:

> *Veja-se que, em relação ao requerente, foram considerados negativas a conduta social, a personalidade do agente e as circunstâncias do delito, sendo afastada a valoração desfavorável da culpabilidade, diante da erronia na fundamentação exarada pelo juízo de origem.*
>
> *Não se operou, contudo, redução do apenamento por este motivo, haja vista o montante de pena atribuído ter sido considerado suficiente para prevenção e reprovação do ilícito diante das vetoriais negativas remanescentes.*
>
> *A questão trazida para discussão, qual seja, eventual ocorrência de reformatio in pejus em recurso exclusivo da defesa quando, embora afastadas algumas vetoriais, a pena-base é mantida com fundamento nas demais circunstâncias judiciais consideradas, é matéria*

controvertida, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores, não comportando rescisão da coisa julgada material por este fundamento.

Somente para argumentar, tenho manifestado entendimento no sentido de que, ainda que não se opere, pelos fundamentos apontados pelo magistrado, em desfavor do réu determinadas vetoriais, outras circunstâncias, desde que valorados em elementos aptos, podem justificar a pena-base aplicada, sem configurar reformatio in pejus, mesmo que indireta.

Destaco que o Superior Tribunal de Justiça ostenta precedentes no sentido de que "o efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza ao Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, reconhecidas pela sentença condenatória como desfavoráveis, melhor explicitando-as, bem como a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção; não havendo falar em reformado in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada" (STJ, AgRg no AREsp 756758 / RS, T., Ministro Rei. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 21/06/2016).

Embora tenha se instalado dissídio jurisprudencial no âmbito do STJ (a Turma mantém entendimento mais pacificado de que a proibição de reformado in pejus não impede acréscimo de fundamentos, sopesadas as mesmas circunstâncias fáticas, pelo Tribunal ad quem, óbvio que mantida a pena imposta na instância original; segundo a 6ª Turma, no entanto, se o Tribunal ad quem exclui fatores que aumentaram a pena, há de reduzi-la), a meu sentir, a exclusão de alguma circunstância do art. 59 do CP erroneamente valorada na sentença, mesmo em recurso exclusivo da defesa, não impõe automática redução proporcional da pena-base. Desde que mantido o apenamento e respeitados os limites da imputação e a prova produzida, possível realizar nova ponderação sobre a dosimetria aplicada pelo juízo a quo, encontrando melhor fundamento e motivação própria, sem que se esteja a violar o non reformatio in pejus, sequer de forma indireta. O fenômeno decorre do amplo efeito devolutivo da apelação e do princípio constitucional da individualização da pena. Agregado/explicitado fundamento para manter uma pena já quantificada, coloca-se sobre a reprimenda o selo da razoabilidade, que seria rasgado, para aquém da justa medida, se descontada qualquer fração matemática (fls. 55/57).

No mesmo sentido, cito precedentes desta 5ª Turma:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da

dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

III - Mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à revaloração sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese, em que a pena final se restou inalterada. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido (HC 489.528/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/03/2019).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS.PROPORCIONALIDADE DO QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A princípio, cabe esclarecer que "o efeito devolutivo da apelação é total ou parcial quanto à extensão e sempre integral quanto à profundidade. O Tribunal poderá analisar, com ampla profundidade, a pretensão recursal que lhe foi submetida, não ficando adstrito aos fundamentos adotados em primeiro grau, desde que respeitada a extensão objetiva do recurso." (HC 311.439/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/02/2016)

2. Não há se falar em reformatio in pejus, uma vez que a Corte a quo acrescentou fundamentos idôneos para manter a pena-base fixada em 1 (um) ano acima do mínimo legal, diante da valoração negativa das circunstâncias do crime, embora tenha afastado a consideração desfavorável da culpabilidade.

3. Importante consignar que "a proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de jurisdictio - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem [...]" (HC 349015/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2016).

[...]

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1217616/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/11/2018).

RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AFASTAMENTO DE UM VETOR. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. MANUTENÇÃO.

> *REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA.*
>
> *1. Hipótese em quem a instância de origem decidiu que o afastamento da valoração negativa de uma vetorial pelo Tribunal deve conduzir, necessariamente à redução da pena-base.*
>
> *2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é possível que o Tribunal, ainda que em recurso exclusivo da defesa, revise a fundamentação apresentada na dosimetria da pena realizada na sentença, desde que não modificada a sanção cominada, sem que tal procedimento caracterize indevida reformatio in pejus.*
>
> *3. O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza que Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, proceda à revisão das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, alterando os fundamentos para justificar a manutenção da pena-base exasperada, não havendo falar em reformatio in pejus, se a situação do sentenciado não é agravada.*
>
> *4. Recurso provido* (REsp 1745132/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 31/08/2018).

Sobre a violação ao art. 59 do CP, o Tribunal de origem afastou a ocorrência de *bis in idem* na valoração negativa das circunstâncias judiciais conduta social e personalidade, ante as sete condenações definitivas ostentadas pela recorrente, bem como porque alteração de jurisprudência não autoriza o provimento de revisão criminal. Cito o trecho:

> *No que atine à alegação de bis in idem na valoração negativa da conduta social e da personalidade com base nas condenações anteriores ostentadas pelo réu, melhor sorte não socorre a defesa.*
>
> *Conforme constou do acórdão que se busca rescindir, o réu ostentava sete condenações definitivas aos fatos pelos quais foi condenado, sendo possível, à época do julgamento, considerar uma condenação para valorar negativamente a conduta social do réu (circunstância judicial ligada ao comportamento do agente no meio social e que, portanto, merece valoração negativa já que revela, pela recidivância, conduta perigosa ao meio social), outra para a personalidade do agente (revelada violenta pelos antecedentes) e ainda remanesceriam outras cinco condenações para o reconhecimento da agravante da reincidência. Pessoalmente, tenho reservas quanto ao método citado, mas, pelo menos, a intensidade da vetorial maus antecedentes (diante das seis condenações remanescentes, para além daquela que embasou a reicindência) sustentaria acréscimo diferenciado, vale dizer, acima do ordinário.*
>
> *Saliento que ainda que tal entendimento tenha sido recentemente alterado pelo Superior Tribunal de Justiça[2], sabe-se que alteração jurisprudêncial posterior à condenação não tem o condão de*

autorizar a procedência da revisão, ressalvada a hipótese de efeito vinculante ou notória injustiça. É dizer, a condenação operou-se dentro das regras do jogo, nos lindes permitidos pela legislação vigente. E a prudência recomenda, em casos tais, respeitar a coisa julgada e a segurança jurídica, visto que a previsibilidade e a isonomia também são fatores materiais de justiça (fls. 57/58).

De fato, atualmente, a conduta social e a personalidade não podem ser consideradas negativas com base em condenações pretéritas. Cito precedente:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. RECEPTAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVADA. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SUPORTE EM CONDENAÇÕES ANTERIORES. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. PREVALÊNCIA DO VOTO DO RELATOR, OUTRORA VENCIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO.

1. Na análise das circunstâncias judiciais, assim se pronunciou o Magistrado singular: quanto à conduta social do réu, a condenação transitada em julgado de fl. 107 revela que o mesmo tem dificuldade em obedecer às regras de convívio social e faz do crime um meio de vida, comportamento que se constitui uma mácula do indivíduo em meio à sociedade em que vive.

2. No voto condutor do acórdão da apelação, constam os seguintes fundamentos: quanto à valoração negativa da conduta social, o fato de reiterar na prática delitiva (fl. 107) demonstra, suficientemente, o desajuste de comportamento do réu junto à comunidade em que inserido, especialmente porque tal comportamento não foi avaliado com base nos mesmos fundamentos fáticos empregados pelo Magistrado para demonstrar que se trata de acusado com maus antecedentes.

3. A conduta social retrata a avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido. Assim, a valoração negativa da vetorial conduta social com base em condenações definitivas por fatos anteriores é ilegal, pois estas se prestariam ao sopesamento negativo da circunstância judicial relativa aos antecedentes. Isso porque a Lei n. 7.209, de 1984, a par do vetor antecedentes, inseriu a circunstância judicial da conduta social no caput do art. 59 do CP, o que impõe regramento próprio diante da diversidade na base fática (HC n. 457.039/SC, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 7/11/2018).

4. A jurisprudência da Quinta Turma desta Corte Superior passou a entender que as diversas condenações pretéritas devem ser atreladas apenas aos maus antecedentes, afastando a valoração negativa da conduta social e da personalidade do réu, na primeira fase da dosimetria da pena. Precedente. (AgRg no HC n. 377.016/SC, Ministro

Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 14/12/2018).

5. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1781659/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 12/03/2019).

Todavia, como ao tempo da sentença e do trânsito em julgado da condenação era diverso o entendimento, a revisão criminal é descabida. Cito precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO. CONDUTA SOCIAL. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE. FRAÇÃO DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTENTE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - Na hipótese, o acórdão evidenciou, com base em dados empíricos, as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, em razão da sua vida pregressa. Quanto às condenações pretéritas, essas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, quanto para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, desde que as condenações sejam de fatos diversos, conforme ocorreu no presente caso, in verbis: "[...]do atento exame das referidas certidões, o revisionando efetivamente registra procedimentos criminais passíveis de valoração, uma vez que, por ocasião da sentença condenatória, possuía em seu desfavor quatro condenações penais já transitadas em julgado (autos n. 045.07.003666-1, 045.07.011965-6, 023.08.003452-0 e 023.11.036273-2)."

[...]

IV - Finalmente,consoante iterativa jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a mudança de entendimento jurisprudencial, após o trânsito em julgado da condenação, não autoriza o ajuizamento da revisão criminal.

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 458.963/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 13/11/2018).

Ante o exposto, com fundamento na Súmula 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator