RECURSO ESPECIAL Nº 1.686.778 - SP (2017/0178699-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE	:	CRISTIANO DE MORAES VIEIRA
ADVOGADO	:	FABIANA CRISTINA DE MACEDO CAYRES E OUTRO(S) - SP216357
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que não conheceu do recurso ministerial, bem como negou provimento aos recursos dos réus.

Sustenta a defesa violação dos art. 59 do Código Penal.

Aduz fundamentação inidônea para exasperação da pena-base a título de circunstâncias do crime, incorrendo em violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Salienta desproporcionalidade na exasperação da pena-base, ao argumento de que *não há fundamento para que a indevida consideração negativa de uma circunstância judicial entre oito tenha provocado tão grande elevação da pena-base do crime, pois no caso presente, aumentou-se a pena-base no dobro* (fls. 1.303/1.304).

Requer, assim, o provimento do recurso, a fim de que a pena seja redimensionada, fixando a pena-base no mínimo legal, com alteração do regime prisional ou, subsidiariamente, exasperando-a em uma patamar mais razoável.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

O recorrente foi condenado à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 15 dias-multa, como incurso no art. 15, *caput*, da Lei 10.826/03.

Interpostos recursos de apelação pelo Ministério Público e pelos réus, o Tribunal de origem decidiu por não conhecer do apelo ministerial, bem como por negar provimento às apelações defensivas.

Quanto à dosimetria, o acórdão impugnado assim foi fundamentado (fl. 1.283):

> Penas dosadas com critério, aplicadas acima do mínimo legal, considerando-se a dinâmica dos fatos; foi utilizado armamento pesado, em local onde havia crianças e outras pessoas, merecendo os réus maior rigor na

> dimensão das reprimendas. Bem reconhecida, e dosada, também, a reincidência de Cristiano (fls. 18, do apenso próprio), além do fato de ter voltado a delinquir, logo após ter tido a prisão relaxada, o que, em relação a ele justificou a fixação de regime prisional mais rigoroso, bem como a não aplicação da benesse da substituição da pena corporal por restritiva de direito.

Por oportuno, transcrevo excerto da sentença (fls. 1.130/1.132):

> Assim sendo, provada a autoria e materialidade do crime atribuído aos réus na denúncia, passo a dosar-lhes a pena nos termos do artigo 59 do Código Penal.
>
> O acusado Carlos ostenta bons antecedentes. Contudo, a ação foi perigosa, mesmo porque, segundo o policial Alessandro, havia pessoas, inclusive crianças, caminhando pelo local quando dos disparos. Além disso, os disparos foram feitos com armamento pesado, fuzil, e ainda foram encontradas muitas munições. Diante deste cenário, entendo que a pena deva ser fixada acima do mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa.
>
> **O réu Cristiano é reincidente (fls. 18 do apenso de FA). Por outro lado, a ação foi perigosa, mesmo porque, segundo o policial Alessandro, havia pessoas, inclusive crianças, caminhando pelo local quando dos disparos. Além disso, os disparos foram feitos com armamento pesado, fuzil, e ainda foram encontradas muitas munições. Portanto, diante deste cenário, a pena deve ser fixada acima do mínimo legal, 04 (quatro) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Ante o reconhecimento da circunstancia agravante da reincidência, elevo a sanção em um sexto, resultando 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.**
>
> Nos termos do artigo 33, parágrafo 2° , alínea "c", do Código Penal, fixo o regime aberto para o cumprimento da pena imposta ao réu Carlos.
>
> O acusado Cristiano é reincidente. Estava em benefício pela Vara das Execuções Criminais quando do fato retratado na inicial. Foi solto por este processo, mas, não aproveitando a oportunidade que lhe foi dada, tornou a reincidir e foi preso. Seu comportamento está a revelar que não está apto a usufruir de regime mais tênue. Portanto, diante de tal cenário a indicar inclinação para a prática criminosa, entendo que o acusado Cristiano deva iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Como se vê, a pena-base do recorrente foi exasperada em 2 anos de reclusão, ao argumento de que *havia pessoas,* ***inclusive crianças****, caminhando pelo local quando dos disparos,* bem como em razão de que *os disparos foram feitos com* ***armamento pesado, fuzil,*** *e ainda foram encontradas muitas munições.*

O tipo penal previsto pelo art. 15 da Lei 10.826/03 tem a seguinte redação: *disparar arma de fogo ou acionar munição* ***em lugar habitado*** *ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta*

não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

De fato, ainda que se trate de um delito de perigo abstrato, tem-se que a presença de muitas pessoas, em especial crianças, excede os elementos previstos para a consumação do tipo, constituindo, portanto, fundamentação idônea ao recrudescimento da pena. Veja-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. PENA-BASE. NECESSIDADE DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA MAJORAÇÃO. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. AUDÁCIA/OUSADIA. ELEMENTOS IDÔNEOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM LOCAL ONDE SE ENCONTRAVA VÁRIAS PESSOAS. MÓVEL APTO A JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO. MOTIVOS DO CRIME. VINGANÇA. CIRCUNSTÂNCIA HÁBIL A MAJORAR A SANÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS AFASTADAS. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE NO PATAMAR ESTABELECIDO NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU COM BASE NAS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS REMANESCENTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que a pena-base só pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada.*
>
> *2. Culpabilidade. O Tribunal de origem assentou que "a violência utilizada ultrapassou aquela já punida pelo próprio dispositivo penal, visto que demonstrou a audácia e a premeditação do apelante e seu corréu, que planejaram a morte da vítima, a qual ainda correu, mas foi perseguida e morta com três disparos de revólver".*
>
> *2.1. Ausência de ilegalidade. Entendimento consolidado no âmbito desta Corte: "a premeditação constitui elemento idôneo a justificar o desvalor das circunstâncias do delito, pois denota maior gravidade da infração penal" (EDcl no AgRg no AREsp 633.304/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 3/5/2017). Precedentes. 2.2. Além disso, a audácia/ousadia do agente na execução do delito é elemento apto a negativar a culpabilidade.*
>
> *Precedentes. 3. Circunstâncias do crime. A Corte local afirmou que "o crime foi iniciado dentro de um*

estabelecimento comercial, onde havia várias pessoas, que saíram correndo".

3.1. ***Motivação idônea. A execução delitiva, por meio de disparo de arma de fogo, ocorreu em ambiente onde se encontrava várias pessoas, situação que, além de merecer maior reprovação, excede os elementos inerentes ao tipo penal, nos termos da jurisprudência do Tribunal da Cidadania. Precedentes.***

4. Motivos do crime. Observa-se que a Corte originária justificou o seu desvalor no fato de crime ter sido cometido "em razão de o réu achar que ela teve parcela de culpa na morte de seu irmão, em ocasião anterior".

4.1. A vingança é elemento apto a negativar os motivos do crime, conforme informa os julgados desta Corte Superior. Precedentes. 5.

Em casos semelhantes, já se decidiu que não há impedimento que a segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, tendo afastado circunstâncias valoradas indevidamente, mantenha o apenamento inicialmente fixado, com fundamento nas circunstâncias desfavoráveis remanescentes (HC 389.798/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/6/2017, DJe 30/6/2017; AgRg no REsp 1.663.084/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 24/5/2017).

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1781987/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019)

A exasperação da pena, na primeira etapa, em razão da natureza do armamento e da munição apreendidas, também se mostra idônea, tendo em vista que a jurisprudência desta Corte entende que o poder bélico exarcebado é circunstância que enseja maior perigo à segurança pública e está, portanto, apta a recrudescer a pena. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMAS. DOSIMETRIA DE PENA. VALORAÇÕES INIDÔNEAS ACERCA DA CULPABILIDADE AFASTADAS. ESPECIAL GRAVIDADE DA CONDUTA A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO AUMENTO EM METADE. RETOMADA DE MATÉRIA ANALISADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Constatada a inidoneidade de argumentos tais como a condição pessoal de pastor e a intensidade do dolo para embasar o aumento da pena-base, ***ainda resta devidamente***

> ***justificada a exasperação na primeira fase, haja vista a natureza do armamento, fuzil, diferenciado quanto ao poder de fogo, e a quantidade, sete unidades,*** *bem como a destinação, servir a grupo criminoso instalado em uma favela do Rio de Janeiro, o que causa risco alto de danos à sociedade, representando afronta grave à segurança pública, são elementos concretos bastante para maior acréscimo.*
>
> *2. Agravo regimental improvido.*
>
> *(AgRg no AREsp 785.713/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017)*

Sendo assim, presente fundamentação idônea, correta a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, constata-se flagrante ilegalidade no *quantum* de aumento da pena-base, a qual foi fixada no máximo legal, em flagrante desproporcionalidade ante as penas mínimas e máximas cominadas para o referido tipo penal. Por esse motivo, concedo *habeas corpus* de ofício para reduzir o aumento decorrente das vetoriais negativas à fração de 1/6 cada.

Passo ao redimensionamento da pena do recorrente.

Na primeira etapa, existindo duas vetoriais negativas, exaspero a pena-base para 2 anos e 4 meses, mais 12 dias-multa, a qual fica agravada em 1/6, resultando a reprimenda de 2 anos e 8 meses de reclusão e 14 dias-multa, que se torna definitiva, à míngua de outras causas modificativas.

Quanto ao regime prisional, presente a valoração negativa de duas circunstâncias judiciais, bem como a agravante da reincidência e, ainda, fundamentada a decisão judicial no fato concreto de que o recorrente *estava em benefício pela Vara das Execuções Criminais quando do fato retratado na inicial. Foi solto por este processo, mas, não aproveitando a oportunidade que lhe foi dada, tornou a reincidir e foi preso* (fl. 1.132), o que constitui motivação concreta para agravar o regime, motivo pelo qual mantenho o regime fechado.

Em relação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, não obstante a redução ora implementada, incabível a concessão da aludida benesse, porquanto reconhecida na origem a reincidência e maus antecedentes, o que não evidenciou ser a medida socialmente recomendada, nos termos do art. 44, II e III e § 3º, do CP.

Considerando que, no presente caso, se revelam idênticas as situações processuais do recorrente e do corréu, visto que os fundamentos utilizados na dosimetria foram os mesmos aplicados aos acusados, cabível a extensão da ordem, nos termos do art. 580 do CPP.

Sendo assim, passo ao redimensionamento da pena do corréu CARLOS EDUARDO SANTOS.

Na primeira etapa, existindo duas vetoriais negativas, exaspero a pena-base para 2 anos e 4 meses, mais 12 dias-multa, a qual se torna definitiva, à míngua de outras causas modificativas, ficando mantido o regime aberto e a substituição da pena concedidos na origem.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para redimensionar a pena do recorrente Cristiano para 2 anos e 8 meses de reclusão e 14 dias-multa, em regime fechado, bem como estender seus efeitos ao corréu Carlos Eduardo Santos, ficando sua pena em 2 anos e 4 meses, mais 12 dias-multa, em regime aberto, mais 12 dias-multa.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator