RECURSO ESPECIAL Nº 1.805.575 - DF (2019/0095012-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	CASSIO FERNANDO MOREIRA DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADOS	:	PEDRO HENRIQUE COSTODIO RODRIGUES (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - DF035228 NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DO UNICEUB
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AGRAVANTE	:	CLEVERSON RONAN DE CASTRO GOMES
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. CULPABILIDADE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A EMBASAR A VALORAÇÃO NEGATIVA DESSA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. SÚMULA 568/STJ. SUBSTITUIÇÃO DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **CASSIO FERNANDO MOREIRA DE SOUZA**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios, assim ementado (fls. 958-959):

> *"PENAL E PROCESSUAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DUPLO HOMICÍDIO CONSUMADO E TENTADO. APELAÇÕES INTERPOSTAS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 593, INCISO III, TODAS AS ALÍNEAS, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONHECIMENTO MÁXIMO. AJUSTE NA DOSIMETRIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.*
>
> *1. Réus condenados por infringir duas vezes o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, uma delas na forma*

tentada, porque junto com terceiro trocaram tiros com as vítimas, vindo uma delas a falecer.

2. As Defesas não indicaram quais seriam as nulidades nem em que ponto a sentença contrariou a decisão dos jurados. O exame dos autos revela o trâmite regular de todo o processo, que culminou em sentença proferida em estrita observância às disposições legais e ao que foi decidido pelo Conselho de Sentença.

3. Inexiste contrariedade manifesta á prova dos autos quando os jurados acolhem tese amplamente debatida em plenário, amparados em uma interpretação razoável das provas dos autos, firmada na palavra da vítima sobrevivente e nos demais depoimentos judicializados.

4. Não há injustiça na aplicação da pena quando esta se apresenta proporcional à gravidade dos crimes. As circunstâncias judiciais relativas à personalidade e à conduta social dos acusados devem ser avaliadas negativamente, na presença de uma vasta folha de antecedentes penais ou na hipótese em que se demonstre que os réus são pessoas envolvidas com a criminalidade sendo temidos na comunidade em que vivem.

5. O legislador não fixou critério matemático para o cálculo da pena, dando margem à discricionariedade do Juiz, que deve estar atento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar a pena, visando o estabelecimento de sanção suficiente para prevenir e reprimir o crime para resguardar as garantias constitucionais.

6. Condenações definitivas por fatos posteriores não configuram maus antecedentes nem desabonam a conduta social ou a personalidade do agente.

7. Apelação de um dos réus não provida e provida em parte a do corréu"

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente sustenta a violação dos arts. **59, 68 e 71**, todos do Código Penal, ao argumento de que o v. acórdão recorrido carece de fundamentação idônea para a exasperação da pena-base, além de ser caso de aplicação da continuidade delitiva, porquanto mais benéfica ao recorrente que o concurso formal impróprio.

Afirma que deve ser decotada a valoração negativa da culpabilidade, ao argumento de que *" tal circunstância foi negativada em razão do grande número de disparos de arma de grosso calibre"* (fl. 996), o

que constitui elementar do tipo penal.

Alega, ainda, que carecem de fundamentação idônea a valoração negativa da personalidade do recorrente, ao argumento de que *" o fato de o agente possuir condenações penais não deve ser, isoladamente, considerado como elemento relevante de valoração negativa de sua personalidade, incidindo de forma a influir na elevação da pena-base imputada ao réu"* (fls. 996-997), bem como porque *"* ***a circunstância concernente à personalidade do agente, para ser avaliada pelo julgador, demanda o exame de dados técnicos, elaborados por profissionais habilitados de forma que permita a correta aferição pelo magistrado. Isso significa dizer que a avaliação da personalidade não pode ater-se à verificação da prática anterior ou hodierna de crime"*** (fl. 1.000).

Aduz, por fim, que deve ser aplicado o instituto da continuidade delitiva, na fração mínima legal, porquanto mais favorável ao recorrente que o concurso formal impróprio com a soma dos delitos, em que pese ambos os delitos terem sido cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução.

Pretende, ao final, o provimento do apelo nobre, para que sejam decotadas as valorações negativas da culpabilidade e personalidade e aplicada a fração de 1/6 em face da continuidade delitiva.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 1.018-1.023), o recurso foi admitido na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **não conhecimento** do recurso especial (fls. 1.134-1.146).

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o juízo singular condenou o recorrente **Cássio** como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso I, do Código Penal (Vítima Victor) e do art. 121, § 2º, inciso I, c/c art. 14, inc. II, ambos do Código

Penal (Vítima Daniel), na forma do art. 70, **in fine**, do mesmo diploma legal, à pena de **32 (trinta e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, em regime **fechado** (fls. 836-838).

O eg. Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo da defesa, mantendo a sentença condenatória.

A questão a ser analisada cinge-se na dosimetria da pena aplicada ao recorrente. Aduz a defesa que o v. acórdão recorrido carece de fundamentação idônea para a exasperação da pena-base, além de ser caso de aplicação da continuidade delitiva, porquanto mais benéfica ao recorrente que o concurso formal impróprio. O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls. 964-971):

"Erro ou injustiça na aplicação da pena

*Em relação ao réu **Cássio**: a pena-base de ambos os crimes ficou em vinte e um anos de reclusão, pela análise negativa da **culpabilidade (em razão do grande número de disparos de arma de grosso calibre (ponto 40/nove milímetros); péssimos antecedentes, em razão de seis sentenças condenatórias definitivas (folhas 629/639), que descredenciaram também a personalidade e a conduta social do réu**. O argumento da Defesa de que **a personalidade do réu não pode ser avaliada negativamente diante de ausência de laudo técnico é afastado pela jurisprudência. As circunstâncias judiciais relativas à personalidade e à conduta social dos acusados devem ser avaliadas negativamente, na presença de uma vasta folha de antecedentes penais ou na hipótese em que se demonstre que os réus são pessoas envolvidas com a criminalidade sendo temidos na comunidade em que vivem** (TJDFT, 20100310342882 APR. Relator: Romão C. Oliveira. 1ª Turma Criminal, Acórdão 1065992, Publicado no DJE: 14/12/2017, páginas 67/70). O aumento de nove anos por quatro circunstâncias desfavoráveis está de acordo com o recomendado pela jurisprudência. Frise-se que o legislador não fixou critério matemático para o cálculo da pena, dando margem à discricionariedade do Juiz, que deve estar atento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar a pena, visando o estabelecimento de sanção suficiente para prevenir e reprimir o crime, com o intuito de resguardar as garantias constitucionais (TJDFT, 20160110231383 APR. Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior, 3ª Turma Criminal, Acórdão 1024179, Publicado no DJE: 16/06/2017, páginas 169/181)*

Na segunda fase há a agravante da reincidência, que ensejou o aumento de um sexto da pena, - exasperação até branda, considerando a multirreincidência do réu, ficando em vinte e quatro anos e cinco meses de reclusão.

Na última etapa, a tentativa quanto à vítima Daniel ensejou a

redução máxima tendo em vista que apesar das armas de alto calibre, ele sequer foi atingido. A pena pelo crime consumado se estabilizou em vinte e quatro anos e cinco meses de reclusão, enquanto a do crime tentado ficou em oito anos e um mês de reclusão. ***Em situações semelhantes a Turma vem aplicando o instituto da continuidade delitiva, mas aqui é o caso do concurso material benéfico, somando-se as penas, que se unificam em trinta e dois anos e seis meses de reclusão.*** *Correto o regime fechado.*

[...]

Passo à dosimetria.

1) CASSIO

a) homicídio consumado

Apena-base foi majorada em 9 (nove) anos pelo desabono da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade. ***No tocante à primeira moduladora. a quantidade excessiva de disparos de armas de fogo de consideráveis calibre (.40 e 9mm) justifica o acréscimo.***

Os antecedentes e a personalidade foram maculados com base em condenações definitivas distintas. Os delitos foram praticados antes do crime em análise (fls. 629 e 630). Desnecessária a elaboração de laudo psicológico*. Nesse sentido já me manifestei:*

[...]

A conduta social foi negativada em razão da condenação definitiva de fl. 634. Nos últimos julgamentos, tenho excluído o desvalor da conduta em observância aos precedentes do STF e STJ. Porém, diante do recente aresto da Corte Suprema, que sinaliza em sentido contrário, evoluí o entendimento para acompanhar a jurisprudência que considera possível a exasperação da pena-base nestas hipóteses. Confira o precedente:

[...]

No mesmo sentido:

[...]

Mantida a análise desabonadora da culpabilidade, personalidade, antecedentes e conduta social, a sanção preambular deve permanecer em 21 (vinte e um) anosde reclusão, que não ultrapassa o parâmetro de 1/8 (um oitavo) - por moduladora desfavorável - sobre o intervalo das reprimendas mínima e máxima do homicídio qualificado. *O cálculo leva em conta a existência de 8 (oito) circunstâncias no artigo 59 do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, bem como comportamento da vítima. Por estabelecer parâmetro razoável, que observa a proporcionalidade dos preceitos secundários previstos na lei penal, o critério é válido. Respeito a discricionariedade do Magistrado.*

Na segunda etapa, a reprimenda foi aumentada em 3 (três) anos e 5 (cinco) meses pela reincidência (fl. 637). Nada a reparar.

À míngua de causas de aumento ou de diminuição, a sanção final foi estabilizada em 24 (vinte e quatro) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

B) TENTATIVA DE HOMICÍDIO

No tocante à tentativa de homicídio, a pena-base foi majorada em 9 (nove) anos pelo desabono da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade.

Pelos motivos acima expostos, mantenho a sanção preambular.

Na segunda fase, a reprimenda foi aumentada em 3 (três) anos e 5 (cinco) meses pela reincidência (fl. 637). Nada a reparar.

Na última etapa, correta a diminuição da sanção em 2/3 (dois terços) pela tentativa. O percentual de redução deve ser graduado em virtude da maior aproximação do resultado. A vítima não foi atingida.

A pena deveria ser fixada em 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão. Mantenho, entretanto, a sanção final em 8 (oito) anos e 1 (um) mês de reclusão, como fixado na r. sentença, por tratar-se de recurso exclusivo da defesa.

C) CONCURSO MATERIAL MAIS BENÉFICO

Em casos semelhantes, tenho reconhecido a continuidade delitiva entre os homicídios tentado e consumado. Em razão das circunstâncias judiciais desabonadas, com fundamento no parágrafo único do art. 71 do CP, a reprimenda seria aumentada em 2/3 (dois terços).

In casu, entretanto, mantenho o concurso material entre os crimes, por ser mais benéfico ao réu.

As sanções foram somadas. Pena final estabilizada em 32 (trinta e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Nada a reparar.

Adequado o regime inicial fechado (art. 33, §2°, "a", do CP)"

Da análise do excerto colacionado, verifico que a Corte de origem valorou negativamente as circunstâncias judiciais da **culpabilidade, antecedentes, personalidade e conduta social** do recorrente, tendo a defesa se insurgido somente com relação à **culpabilidade e personalidade**.

É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda pelo Superior Tribunal de Justiça, exceto se ocorrer evidente desproporcionalidade, quando caberá a reapreciação para a correção de eventuais desacertos quanto ao cálculo das frações de aumento ou de diminuição e apreciação das circunstâncias judiciais.

Na situação destes autos, verifico que o aumento da pena em razão da culpabilidade está, de fato, fundamentado, tendo em vista que a apreciação negativa deste vetor revela que a conduta praticada pelo agente

ultrapassa as características ínsitas ao tipo.

Com efeito, no presente caso, o Tribunal de origem destacou a alta culpabilidade no caso *"em razão do grande número de disparos de arma de grosso calibre (ponto 40/nove milímetros"*, o que legitima a valoração negativa desta vetorial tendo em vista o **modus operandi** do delito, que ultrapassa o previsto no tipo penal, a evidenciar a periculosidade do agente.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PARÂMETRO DE AUMENTO DE 1/8. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO. PENA-BASE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS MAIS FAVORÁVEIS. NON REFORMATIO IN PEJUS. UTILIZAÇÃO DE QUALIFICADORAS REMANESCENTES COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL OU AGRAVANTES. POSSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA À REGRA NE BIS IN IDEM. AGRAVANTE. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DE PENA ABSTRATA DO PRECEITO SECUNDÁRIO. CONFORMIDADE COM O SISTEMA HIERÁRQUICO DE DOSIMETRIA TRIFÁSICO. PENA INTERMEDIÁRIA DAS INSTÂNCIAS INFERIORES MAIS FAVORÁVEL. MANUTENÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *3. A valoração da culpabilidade por ocasião da dosimetria da pena-base (CP, art. 59) é afinada com a individualização da pena, representando o grau de censura pessoal do réu na prática da conduta, ou seja, trata-se da mensuração de reprovabilidade.* ***No caso, o fato de o réu ter efetuado vários disparos para alcançar o óbito da vítima revela a intensidade de seu dolo e a maior reprovabilidade da conduta.***
>
> *4. Quanto à conduta social do paciente, as instâncias ordinárias, com base na persuasão racional acerca dos elementos de prova dos autos, concluíram que o réu é pessoa violenta e fez ameaças à família da vítima, causando medo à comunidade. Trata-se de fundamentação suficiente para justificar aumento da pena-base. Ademais, alterar a conclusão supra implicaria inevitavelmente revolvimento fático-probatório, inviável nesta via sumária do habeas corpus.*
>
> *5. De acordo com os elementos constantes nos*

autos, a vítima da tentativa de homicídio ficou com sequelas permanentes, o que é idôneo a justificar o incremento da pena-base. Os ferimentos ou sequelas não são inerentes à figura tentada do homicídio, até porque é possível haver tentativa branca ou incruenta. Portanto, no caso em tela, o aumento da pena-base, sob o título de consequência do crime, é corolário do princípio da individualização da pena.

6. Há, portanto, três circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria. Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de homicídio qualificado (18 anos), resultaria no acréscimo de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Percebe-se, pois, que a dosimetria da pena-base realizada pelas instâncias inferiores mostrou-se bastante benevolente com o réu, ao fixá-la em 13 (treze) anos e 6 (seis) meses. Por conseguinte, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria, devendo ser mantida a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, em respeito à regra non reformatio in pejus.

[...

12. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 318.814/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 8/11/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. ELEMENTOS CONCRETOS DEVIDAMENTE INDICADOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. VÍTIMA JOVEM. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MESMA FUNDAMENTAÇÃO PARA VALORAR NEGATIVAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM CONFIGURADO. MOTIVOS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DECOTE DOS REFERIDOS VETORES. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal

Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. - ***Na hipótese, a culpabilidade foi valorada negativamente pelos vários disparos de arma de fogo desferidos contra a vítima, o que imprimiu ao delito maior grau de reprovabilidade. Nos termos da jurisprudência assente nesta Corte, tal fundamento é idôneo, pois remonta às particularidades do caso concreto, isto é, ao modo especialmente grave como agiu o paciente, nada havendo de abstrato ou genérico na mencionada fundamentação.****Precedentes.*

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente para 15 anos e 4 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 429.419/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 26/10/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CULPABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ESPECIAL REPROVABILIDADE DEMONSTRADA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. VIA IMPRÓPRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Via de regra, não se presta o remédio heroico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal, pela valoração negativa da circunstância judicial referente à culpabilidade, encontra-se devidamente fundamentada nos vários disparos efetuados em face da vítima, direcionados contra sua cabeça e seu tronco, e ainda por ter o ilícito sido

> ***praticado em via pública, durante o dia, tendo o réu agido com premeditação e frieza, demonstrando ousadia incomum para casos tais.***
>
> *3. O elevado grau de reprovabilidade da conduta configura circunstância apta a legitimar o aumento da pena-base e, na espécie, a fundamentação apresentada conforma-se à discricionariedade juridicamente vinculada, uma vez que o incremento foi justificado mediante elementos concretos, não havendo falar, ao contrário do sustentado pela Defesa, em mera referência ao conceito de culpabilidade.*
>
> *4. O reexame dos elementos apontados pelas instâncias ordinárias quando da análise da culpabilidade demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incompatível com a via do habeas corpus.*
>
> *5. Agravo regimental improvido"* (AgInt no RHC n. 91.052/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 26/2/2018).

Por outro lado, tenho que melhor sorte assiste ao recorrente quanto à valoração negativa da **personalidade**.

Quanto a esta vetorial, é lamentável que tal circunstância judicial ainda conste do rol do art. 59 do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do direito penal do autor. Dificilmente constam dos autos elementos baseados em critérios técnicos suficientes para que o julgador possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável.

Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do recorrente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (REsp n. 745.530/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJU de 12/6/2006 e REsp n. 732.857/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJU de 12/12/2005), tal qual na hipótese.

Confira a jurisprudência específica desta Corte de Justiça a respeito dessa circunstância judicial:

> *"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ORDINÁRIO E REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS PRATICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE*

INTIMAÇÃO DE RÉU E DEFENSOR. AUDIÊNCIA REALIZADA POR CARTA PRECATÓRIA. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. RÉU REPRESENTADO POR DEFENSOR NO ATO. REEXAME DE PROVA. NÃO-CABIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO INDEVIDA PELA CULPABILIDADE, ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE. MOTIVOS, CONSEQUÊNCIAS. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA AFASTADA. DUAS MAJORANTES. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/2. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

5. Sem elementos concretos que efetivamente demonstrem anormal reprovação social da conduta, é afastado o trato negativo da culpabilidade.

6. Mostra-se incabível valorar maus antecedentes com base em inquéritos e ações em andamento.

7. A conduta social deve ser entendida como o comportamento do agente em seu meio social, familiar, ou profissional, nisso não interferindo a priori sua vivência delitiva.

8. ***A genérica e infundada alegação de personalidade delitiva não serve à exasperação da pena.***

[...]

14. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para redução da pena imposta" (HC n. 31.218/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro,** DJe de 4/12/2014).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO DE MOTOCICLETA. LIGAÇÃO DIRETA EFETUADA NO VEÍCULO. DANO NO PAINEL E NO SISTEMA DE IGNIÇÃO. QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. NÃO-OCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUANTO À PERSONALIDADE DO AGENTE E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DOSIMETRIA REFEITA. PENA-BASE REDUZIDA.

[...]

II. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo.

III. As consequências do crime só podem ser

negativamente valoradas quando extrapolados os efeitos da conduta do resultado previsto no tipo penal.

IV. ***A personalidade negativamente considerada impõe existência de elementos concretos para sua efetiva valoração.***

Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 230.117/DF, **Quinta Turma,** de **minha relatoria,** DJe de 3/3/2015).

Dessarte, **deve ser decotada da pena-base a valoração negativa da personalidade**, diante da inexistência de elementos concretos para embasar o julgador, sendo certo que a presença de antecedentes não tem o condão de supedanear a reprimenda por este fundamento.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NOVOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DO RÉU INALTERADA. EXISTÊNCIA DE DIVERSAS CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE SE UTILIZAR UMA PARA AGRAVAR A PENA EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA E DE OUTRAS PARA O ACRÉSCIMO DA PENA BASE A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em Primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do ne reformatio in pejus; desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória. ***No caso em apreço, o Tribunal de origem,***

corretamente, adequou as condenações definitivas do paciente para negativar a circunstância judicial dos antecedentes, em consonância com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o qual assentou compreensão no sentido de que a existência de condenações anteriores, ainda que transitadas em julgado, não constitui fundamento idôneo a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

3. Levando-se em conta a multirreincidência do agente, é possível a utilização de condenações pretéritas distintas, evitando-se o bis in idem, para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes, bem como para aumentar a pena na segunda fase em vista da reincidência. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 490.398/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 1º/3/2019, grifei)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O Tribunal a quo não apresentou motivação idônea para valorar negativamente a vetorial da personalidade na primeira fase de dosimetria da pena, haja vista que, para tanto, considerou tão somente a existência de "condenação transitada em julgado por fato anterior".

2. Filio-me ao entendimento segundo o qual a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime.

3. A exasperação da pena pela consideração desfavorável do vetor da personalidade deve ser realizada com fundamentos próprios e diversos daquela relativa aos antecedentes - como não poderia deixar de ser, tendo em vista que esses vetores foram previstos distintamente pelo legislador no art. 59, caput, do Código Penal. Aquela deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito, enquanto esta deve ser analisada considerando-se o seu histórico criminal. Referidos vetores, portanto, não se confundem.

> *4. O legislador conferiu ao julgador maior discricionaridade - mesmo que ainda vinculada aos parâmetros legais - ao não prever um quantum mínimo ou máximo para a exasperação da pena-base. Cabe à prudência do (da) Magistrado (a) fixar, com a devida fundamentação e dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, o patamar que entender mais adequado e justo ao caso concreto.*
>
> *5. Com o permissivo da lei, é legítimo que o (a) Magistrado (a), na hipótese de haver mais de uma condenação transitada em julgado em desfavor do réu, eleve a pena, por exemplo, acima do patamar de 1/6 (um sexto), tendo em vista que a existência de múltiplas sentenças penais definitivas denotam que seus antecedentes lhe são mais desfavoráveis. Respeita-se, concomitantemente, o princípio da legalidade e da individualização da reprimenda. Precedentes.*
>
> *6. Ante o exposto, CONCEDO a ordem de habeas corpus a fim de reformar o acórdão impugnado tão somente para decotar, na primeira fase de dosimetria, a valoração negativa da circunstância judicial referente à personalidade, ficando a pena final quantificada em 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa"* (HC n. 472.654/DF, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 11/3/2019, grifei).

Por fim, quanto à aplicação da continuidade delitiva na fração de 1/6, tenho que a pretensão defensiva não comporta conhecimento, haja vista o óbice da Súmula 7/STJ.

Com efeito, verifico que o eg. Tribunal de origem declinou, de forma explícita, as razões – baseado nas provas carreadas aos autos - pelas quais concluiu pela aplicação do concurso formal impróprio ao recorrente, que equivale ao concurso material, em face da soma das reprimendas, quanto aos delitos de homicídio qualificado consumado e tentado.

Ora, está assentado nesta Corte que as premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da **Súmula n. 7/STJ**, segundo a qual "*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*".

Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal **a quo** e aplicar a continuidade delitiva prevista no **caput** do art. 71 do

CP, como pretende a defesa, demandaria o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância.

A propósito:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DA DEFESA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. PROVA JUDICIAL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Quanto ao sistema de valoração das provas, certo é que, no processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente.*
>
> *2. No caso, impossível proclamar a absolvição do recorrente, pois a instância de origem, ao concluir pela autoria do recorrente no cometimento do delito em questão, sopesou as provas colhidas e os depoimentos obtidos em juízo.*
>
> *3. Mais incursões na dosagem das provas constantes dos autos para concluir sobre a viabilidade ou não da condenação do recorrente é questão que esbarra na própria apreciação de possível inocência, matéria que não pode ser dirimida em recurso especial, a teor do enunciado na Súmula n. 7 do STJ, porquanto exige o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução probatória.*
>
> *4. O Tribunal de origem indicou, nitidamente, os motivos de fato e de direito em que se fundou, para solucionar cada ponto tido como omisso pela defesa, a teor do art. 381, III, do CPP. Isso porque destacou, minuciosamente, todos os fatos narrados na denúncia, associados às demais provas dos autos, todas em harmonia com a palavra da vítima.*
>
> *5. Agravo regimental não provido"* (AgRg no REsp n. 1.709.625/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 27/3/2018).

> *"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. Incabível o exame da irresignação acerca da falta de dolo ou da insuficiência de provas, porquanto a reversão do julgado, para fins de absolvição, demandaria o reexame de*

matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte, nos termos do enunciado de Súmula 7/STJ.

2. O pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça não comporta deferimento tendo em vista que a Lei n. 11.636/2007 disciplina em seu art. 7º, que não são devidas custas nos processos de habeas data, habeas corpus e recursos em habeas corpus, e nos demais processos criminais, salvo a ação penal privada (Edcl no RHC n. 56621/RS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, Dje 21/3/2016).

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 1.032.750/GO, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 12/3/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME PRATICADO POR PADRASTO. CONTINUIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. SUM. 7/STJ. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - Concluindo as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, que o acusado praticou o crime previsto no art. 217-A do CP, chegar a entendimento diverso, absolvendo-o, implica revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

II - Igualmente, implica exame aprofundado de prova o afastamento da continuidade delitiva, mantida em segundo grau ao argumento de que "os fatos são graves, foram praticados por anos, dentro do próprio lar da vítima, pelo marido da mãe dela, gerando sequelas psicológicas seríssimas".

III - A valoração negativa da conduta social, por ter o acusado agredido fisicamente a convivente na presença da vítima, não guarda relação alguma com a agravante do art. 226, II, do CP - delito praticado por padrasto - não havendo que se falar em bis in idem.

IV - Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 1.067.564/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 2/10/2017).

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula 568/STJ, **in verbis**: "*O relator,*

monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."

Assim, devem os autos retornar ao Tribunal **a quo** para que proceda à nova dosimetria da pena, consoante os fundamentos deste **decisum**.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, I e III, do Regimento Interno do STJ, **conheço em parte** do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe** provimento.

P. e I.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator