

RECURSO ESPECIAL Nº 1.814.280 - SC (2019/0142647-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : MAYCKON MARQUES GIMENES (PRESO)
RECORRENTE : EDEMILSON FERREIRA (PRESO)
ADVOGADO : MARCOS PAULO SILVA DOS SANTOS E OUTRO(S) - SC032364
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de recurso especial com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, interposto em desfavor de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que os recorrentes foram condenados pela prática dos delitos tipificados no art. 157, § 2º, I e II, c/c 14, II, do Código Penal (roubo qualificado tentado), à pena de 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime fechado - Fabrício e 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto - Mayckon.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, que restou desprovido.

Opostos embargos de declaração, estes restaram rejeitados.

Na petição de recurso especial, os recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, violação ao disposto no arts. 155 e 226 do CPP, 59, 63 e 64 e 157, § 2º, I e II, do CP. Sustenta que restou notória a tentativa de induzir o falso reconhecimento na fase policial e não preenchidos os requisitos do art. 226, do CPP, sendo estas causas de nulidade. Assegura que condenações pretéritas não podem servir para desvalorar a conduta social e não ser cabível a desvalorização com relação à culpabilidade e consequências, pois fundamentadas com elementares do próprio tipo. Aduz, ainda, que não houve motivação concreta à exasperação acima de 1/6, não podendo o Tribunal inovar no ponto, já que não foi objeto de recurso especial do *parquet*.

Alega que deve ser afastada a reincidência de Fabrício, porquanto dos autos citados a pena já foi extinta.

Assegura que o delito não restou qualificado em si, não sendo mais reprovável diante das circunstâncias das vítimas, que estavam em pluralidade e detinham

armamento de fogo. Pondera, por fim, a readequação da fração, pois a fração de 3/8 se deu tão somente pela existência de 2 qualificadoras, sem fundamento concreto.

Contrarrazões às fls. 697/714.

Admitido o recurso (fls. 716/723), os autos vieram a esta Corte.

Parecer ministerial pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 774/784).

É o relatório. Decido.

O recurso merece parcial provimento.

De início, o Tribunal de origem afastou a ocorrência de nulidade quanto ao reconhecimento dos recorrentes, sustentando o seguinte:

Verifica-se que não há como desconsiderar a condição "ifs o possível" quando da análise da regra de que a pessoa, cujo reconhecimento rgs c pretender, será colocada ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la.

Ou seja, quando não for possível, válido será o reconhecimento efetuado sem tal observância, posto que se trata de mera recomendação legal, não regra de observância obrigatória.

Ademais, o que vale é a certeza do reconhecimento por parte da vítima que apontou os apelantes como participantes do crime em questão. OU seja, o conteúdo do reconhecimento sobrepõe à sua forma.

(...)

In casu, depreende-se que a vítima Harri Horst reconheceu os apelantes na fase inquisitiva, não sendo induzido pelos policiais, primeiro descrevendo as características dos indivíduos que lhe assaltaram, com riqueza de detalhes, relatando altura, cor da pele e cabelo, bem como detalhes de vestimenta dos roubadores e posteriormente realizou o reconhecimento pessoal (termo de fl. 23)

Em juízo (fl. 393) confirmou ter feito o reconhecimento, bem como reconheceu novamente os réus, sem qualquer dúvida, dando detalhes, conduta de cada um na empreitada delitiva.

Desta forma, ao contrário do alegado pela defesa, a vítima não foi induzida ao reconhecimento dos réus e mesmo que houvesse tal vício o reconhecimento realizado na fase inquisitiva, tal procedimento foi ratificado em juízo, o que afasta qualquer eiva na colheita de provas. Assim, não há como acolher a nulidade aventada, razão, pelo que afasto a prefaciar e, conseqüentemente, considerando a validade da prova, mantém-se a condenação intacta.

Nesse contexto, não se torna possível confrontar a afirmativa diante da

impossibilidade de revolvimento fático-probatório da demanda em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ, pois implicaria em estabelecer que houve induzimento ou sugestionamento por parte da autoridade policial, o que foi afastado pelas instâncias ordinárias.

Ademais, a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal e das disposições contidas no art. 226 do CPP "configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei" (AgRg no AREsp 1054280/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 13/6/2017). No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVAS INQUISITORIAIS. NÃO VERIFICAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 2. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. RECOMENDAÇÃO LEGAL. CONFIRMAÇÃO POR OUTRAS PROVAS. SÚMULA 83/STJ. 3. CONSUNÇÃO ENTRE OS CRIMES DE CONCUSSÃO E CÁRCERE PRIVADO. EXAME QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. CRIME FORMAL E CRIME MATERIAL. CONDUTAS AUTÔNOMAS. 4. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 5. ILEGALIDADE DA DOSIMETRIA. NÃO VERIFICAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE VALORADAS. REVISÃO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. 6. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 7. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Pela leitura do acórdão recorrido, observa-se que a condenação do recorrente se embasou em amplo e vasto arcabouço probatório produzido não apenas em inquérito policial, mas também durante a instrução processual. Como é cediço, o art. 155 do CPP não veda o uso de elementos informativos colhidos na investigação, mas apenas sua utilização com exclusividade, quando não houver outras provas judicializadas, o que não é a hipótese dos presentes autos. Incidência do enunciado n. 83/STJ.

2. As disposições contidas no art. 226 do CPP "configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato

processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei" (AgRg no AREsp 1054280/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 13/6/2017). Ademais, "a inobservância do disposto no art. 226 do Código de Processo Penal não pode ser utilizada para tornar nulo o ato de identificação do Acusado, ainda mais se tal prova for corroborada pelas demais provas produzidas durante a instrução" (AgRg no REsp 1.304.484/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 7/3/2014). Incidência do enunciado n. 83/STJ.

3. Eventual exame acerca da existência ou não de consunção entre os crimes de cárcere privado e concussão demanda inevitável revolvimento dos fatos e das provas constantes dos autos, o que não é possível na via eleita, nos termos do que dispõe o enunciado n. 7/STJ. Ademais, o crime de concussão é formal, cuja consumação se verifica com a simples exigência de vantagem indevida nos moldes em que descrito no tipo penal. Já o crime de cárcere privado é material e não guarda nenhuma relação com a consumação do crime de concussão, ou seja, um não é fase necessária para a realização do outro, motivo pelo qual se cuidam de condutas autônomas.

4. Quanto à perda da função pública, tem-se que, da leitura da sentença condenatória, encontra-se devidamente fundamentada pelo Magistrado de origem, porquanto "presentes os dois requisitos previstos no referido dispositivo, pois os réus foram condenados à pena privativa de liberdade superior a um ano e o crime foi praticado com abuso de poder e violação para com a Administração Pública". Incidência do enunciado n. 83/STJ.

5. A primeira fase da dosimetria de ambos os crimes está devidamente fundamentada em elementos concretos, idôneos e que extrapolam os limites inerentes ao tipo penal violado, o que autoriza a elevação da pena-base. Dessarte, não há se falar em bis in idem nem em valoração de elementos inerentes aos próprios tipos penais. Assim, verificando-se que a fundamentação ora analisada não revela ilegalidade flagrante, tem-se que a revisão das conclusões apresentadas pelas instâncias ordinárias, na amplitude e profundidade pretendida pelo recorrente, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em recurso especial, conforme dispõe o verbete n. 7/STJ.

6. Tendo todos os temas apresentados pelo recorrente sido devidamente analisados, de forma minuciosa, sem que se verificasse violação da lei, não há se falar, por certo, em ilegalidade que enseje a concessão de habeas corpus de ofício.

7. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1.366.683/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/11/2017)

De outra parte, a Quinta Turma desta Corte alterou seu posicionamento para

concluir que condenações transitadas em julgado não constituem fundamento idôneo para análise desfavorável da personalidade ou conduta social do agente (AgRg no AREsp 1360738/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. RECEPÇÃO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS TRANSITADAS EM JULGADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E DA CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. READEQUAÇÃO DA PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. Em recente julgado, esta Quinta Turma deste Sodalício deixou consignado que condenações pretéritas, ainda que transitadas em julgado, não constituem fundamentos idôneos a desabonar a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 5/4/2017). Na hipótese, verifico que a dosimetria merece reforma, com a readequação da pena-base, impondo-se o afastamento da valoração negativa das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do agente, pois fundamentadas em sentenças condenatórias com trânsito em julgado.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 12 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório. (HC 484.626/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019 - Grifo Nosso).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. VALORAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CONDUTA SOCIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 444/STJ. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PENA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO E

Superior Tribunal de Justiça

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

6. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a valoração negativa da conduta social e, por consectário, reduzir a pena aplicada ao paciente a 42 anos e 9 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório. (HC 475.436/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018 - Grifo Nosso).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E USO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. DESFAVORECIMENTO DA VETORIAL DA CONDUTA SOCIAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

- A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir que a personalidade do agente seria voltada à prática criminosa ou para atestar que a sua conduta social seria inadequada.

(...)

(HC 457.832/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018 - Grifo Nosso).

Ademais, em recente julgado, a Sexta Turma desta Corte concluiu no mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CP. NEGATIVAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL COM BASE EM CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO. 1. A utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores para negativar a conduta social era admitida porque os antecedentes judiciais e os antecedentes sociais se confundiam na mesma circunstância, conforme o art. 42 do Código

*Penal anterior à reforma de 1984. Essa alteração legislativa, operada pela Lei n. 7.209/1984, especificou os critérios referentes ao autor, desmembrando a conduta social e a personalidade dos antecedentes. 2. Esse tema possuía jurisprudência pacificada no âmbito da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que admitiam a utilização de condenações com trânsito em julgado como fundamento para negar não só o vetor antecedentes, como também a conduta social e a personalidade. Mudança de orientação no âmbito da Quinta Turma. 3. **Em atenção ao princípio da individualização das penas, as condenações com trânsito em julgado não podem servir como fundamento para a negação da conduta social.** 4. In casu, prevaleceu na origem a negação da conduta social com base na condenação anterior com trânsito em julgado. **Conforme a nova compreensão adotada, é necessário afastar a negação dessa circunstância judicial, prevalecendo, assim, no ponto, o voto divergente proferido na origem.** 5. Afastada a negação da conduta social, fixa-se a pena em 6 anos e 6 meses de reclusão, mantendo-se, no entanto, a pena de multa imposta na origem por configurar reformatio in pejus a alteração da pena de multa proposta no voto divergente do julgamento da apelação. 6. Recurso especial provido a fim de redimensionar a pena imposta ao recorrente para 6 anos e 6 meses de reclusão pela prática da conduta descrita no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, mantidos os demais termos da condenação. (Resp 1760972/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018 - Grifo Nosso).*

No que tange à culpabilidade e consequências, não procede a afirmação de que as circunstâncias foram desvaloradas com base em elemento do próprio tipo, basta a conferência dos trechos do aresto hostilizado:

Nesse diapasão, não se mostra inidônea a valorização negativa da culpabilidade, pois, de fato a conduta dos réus foi exacerbada pois efetuara vários disparos dentro da casa, especificamente contra a porta do quarto onde estavam as vítimas, demonstrando assim, maior reprovabilidade na conduta.

Em relação as consequências do crime, da mesma forma, devem ser mantidas como desfavoráveis aos réus, porquanto o abalo emocional ocasionado a uma das vítimas restou comprovado pela prova oral.(...)

No entanto, há justificativas para a alteração da fração aplicada, porquanto não houve motivação concreta à exasperação acima de 1/6, devendo ser mantida a

desvalorização da culpabilidade e das consequências na fração mínima.

Com relação à reincidência de Fabrício, a Corte *a quo* concluiu que a conduta apurada estava dentro do prazo de cinco anos exigidos para a sua configuração, o que não destoava da jurisprudência desta Corte. Ademais, não há como alterar essa premissa sem revolvimento fático-probatório da demanda (incidência da Súmula n. 7/STJ).

Por fim, não se pode alterar a incidência das qualificadoras, que restaram demonstradas no caso concreto, não tendo sido debatido o ponto específico do seu afastamento diante das circunstâncias das vítimas estarem em pluralidade e com armamento de fogo.

Carece a matéria, portanto, do adequado e indispensável prequestionamento, motivo pelo qual incidentes, por analogia, as Súmulas 282 e 356/STF.

Quanto à fração aplicada, em verdade, não há motivos concretos para a exasperação em patamar superior ao mínimo legal, devendo ficar restrita a *quantum*, nos termos da jurisprudência desta Corte:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO. AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. SÚMULA N. 443/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É pacífico o entendimento desta Corte de que, para a elevação da pena em fração superior a 1/3, na terceira fase da dosimetria da pena, no crime de roubo, é insuficiente a menção ao número de majorantes, sendo indispensável motivação concreta, calcada nas características do delito, tanto que foi editada a Súmula 443/STJ, segundo a qual o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. 2. No caso, as instâncias ordinárias aplicaram o critério quantitativo e não apontaram nenhum elemento dos autos que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena acima do patamar mínimo (1/3), na terceira fase da dosimetria, valendo destacar que o *modus operandi* foi considerado na primeira fase, o que resultou no aumento da pena-base. 3. Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp 1.581.751/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 5/12/2016)*

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL OFERECIDO EXTEMPORANEAMENTE.

PRAZO DE 5 DIAS NÃO OBSERVADO. ART. 28 DA LEI N. 8.028/1990. SÚMULA 699/STF. JULGAMENTO DA QO NO ARE N. 639.846/SP PELO STF. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE MANIFESTA. SÚMULA 443/STJ. 1. Consoante orientação desta Corte Superior, em se tratando de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso especial criminal, o prazo para a sua interposição é de 5 dias, de acordo com o art. 28, caput, da Lei n. 8.038/1990 e com a Súmula 699/STF. 2. Na hipótese, apesar de a parte defender a tempestividade do recurso, verifica-se que a decisão de inadmissibilidade recursal foi considerada publicada no dia 8/9/2015; porém, conforme se extrai dos autos, a interposição do agravo em recurso especial só se deu no dia 23/9/2015, sendo, portanto, manifestamente intempestiva. 3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula 443/STJ. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício (AgRg nos EDcl no AREsp 835.952/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 4/11/2016)

Passo ao refazimento da dosimetria das penas.

Fabrício de Campos:

Fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 6 anos, 4 meses e 6 dias de reclusão, e 14 dias-multa, em razão da existência de 3 circunstâncias judiciais desfavoráveis, cada uma aplicada a fração de 1/6.

Na segunda fase, fica mantida a fração de 1/3 a maior, ficando a pena intermediária em 8 anos, 5 meses e 18 dias e 18 dias-multa.

Na derradeira etapa, aumento em 1/3 pelo concurso de agentes e uso de arma de fogo, ficando a pena definitiva fixada em 11 anos, 3 meses e 14 dias-multa, mantidas as demais peculiaridades já fixadas pela instância primeva.

Presente a causa geral de diminuição da pena do art. 14, II, do CP, fica a pena estipulada em 7 anos, 6 meses e 9 dias de reclusão, em regime fechado, e 12 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

Mayckon Marques Gimenes:

Fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, e 12 dias-multa, em razão da existência de 2 circunstâncias judiciais desfavoráveis, cada uma aplicada a fração de 1/6.

Superior Tribunal de Justiça

Na segunda fase, fica mantida a pena inalterada.

Na derradeira etapa, aumento em 1/3 pelo concurso de agentes e uso de arma de fogo, ficando a pena definitiva fixada em 7 anos, 3 meses e 16 dias-multa, mantidas as demais peculiaridades já fixadas pela instância primeva.

Presente a causa geral de diminuição da pena do art. 14, II, do CP, fica a pena estipulada em 4 anos, 10 meses e 2 dias de reclusão, em regime fechado, e 10 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para alterar a dosimetria das penas nos termos supramencionados.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de dezembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator