

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.842.156 - RS (2019/0300767-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
**RECORRENTE** : J G V DA S (PRESO)  
**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

**EMENTA**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA PENAL. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 444/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 617 DO CPP. OCORRÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 157, § 2º DO CÓDIGO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. NÚMERO DE MAJORANTES. FRAÇÃO APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por **J. G. V. DA S.**, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fls. 185-203):

*"APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE CORRUPÇÃO DE MENORES. CONDENAÇÃO MANTIDA. PROVA SUFICIENTE. DOSIMETRIA DA PENA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.*

*- ROUBO MAJORADO (1º FATO). MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. As prova existentes no caderno processual são suficiente para o julgamento de procedência do pedido condenatório deduzido na denúncia. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas pela prova produzida. Conforme tranquilo entendimento jurisprudencial, a prova testemunhal consistente na palavra da vítima tem suficiente valor probante para o amparo d um decreto condenatório. Os relatos das vítima , ao se mostrarem seguros e coerentes, merecem ser*

*considerados elementos de convicção de alt, importância. Realizado seguro reconhecimento pessoal do acusado em juízo.*

*- MAJORANTE EMPREGO DE ARMA. São prescindíveis para a configuração da majorante descrita no art. 157, §2º, inc. I, do CP, com redação vigente à época do fato, a apreensão da arma e a certificação de sua efetiva potencialidade lesiva, se nos autos do processo criminal restou suficientemente comprovado, por outros meios, a utilização do artefato para intimidação da vítima.*

*- CORRUPÇÃO DE MENORES (2º FATO). MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO Plenamente demonstrado que o delito foi praticado pelo réu em evidente coautoria com o menores, na medida em que um colaborou com o outro na prática do delito e concorreu de igual forma para o resultado. Em consonância com o pacificado entendimento do Supremo Tribuna Federal e do Superior Tribunal de Justiça, consolidado na Súmula nº 500 deste último, o crime de corrupção de menores é formal, prescindindo de prova da efetiva corrupção do inimputável à prática delitiva ou de sua idoneidade moral. Portanto, para sua configuração basta a participação do menor em delito na companhia de imputável ou que este induza aquele a praticá-lo, pois a mens legis da norma é integridade moral do jovem, sua recuperação e reinserção na sociedade, bem como a preservação dos padrões éticos.*

*- DOSIMETRIA DA PENA. Quanto ao crime de roubo, a pena -base foi mantida em 05 (cinco) anos de reclusão em razão na nota negativa conferidos às circunstâncias do delito e aos antecedentes criminais (readequada para personalidade). Reprimenda atenuada em 06 (seis) meses pela menoridade relativa. Por fim, em se tratando de crime cometido por três agentes, mediante o emprego de três armas de fogo, circunstâncias que, por certo, revelam a maior reprovabilidade concreta da conduta, mantido o incremento da reprimenda na fração de 1/2 (metade), consentâneo aos critérios de necessidade e suficiência. Pena definitiva de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão. Pena de multa inalterada. Quanto ao crime de corrupção de menores, a basilar foi fixada no mínimo legal. Na segunda fase, apesar de reconhecida a incidência da atenuante de menoridade, a pena foi mantida no mesmo patamar. Impossibilidade de as atenuantes conduzirem a pena abaixo do mínimo previsto em lei. Súmula 231 do STJ. Pena definitiva de 01 (um) ano de reclusão. Concurso material. Pena final de 07 (sete) anos e 09 (nove) meses de reclusão. Regime inicial fechado (art. 33, § 3º, do CP).*

*- PENA PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE*

*AFASTAMENTO OU ISENÇÃO. A condenação do réu à pena de multa configura simples realização do preceito secundário da norma incriminadora e, por isso, é de aplicação cogente, não sendo possível o seu afastamento ou isenção, sob pena de violação do Princípio da Legalidade.*

*- REPARAÇÃO MINIMA DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. Afastada a indenização fixada na sentença a título de reparação aos danos morais. Considerando que o fato delituoso objeto desta ação penal ocorreu em data posterior à entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, a fixação de valor mínimo de indenização ao ofendido prevista no art. 387, inc. IV, do CPP, é medida imperativa. Isso porque, sobrevindo prejuízo decorrente da infração à vítima e estando est evidenciado nos autos, a aplicação do aludido preceito legal é cogente, não sendo possível seu afastamento, sob pena de violação d Princípio da Legalidade. E, em se tratando parte integrante do decreto condenatório, dever do juiz, ao proferir a sentença, incluir o arbitramento de montante mínimo a título de reparação, sendo despiciendo pedido d acusação. Mantida a indenização fixada pelos danos materiais.*

*- EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Adesão ao entendimento assentado pelo plenário do STF no julgamento do HC 126.292/SP. Possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada por esta segunda instância, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência. Determinada a execução provisória da pena.*

*Apelo parcialmente provido."*

Nas razões do recurso especial (fls. 210-222), a parte recorrente aponta violação aos princípios da **ne reformatio in pejus** e da coisa julgada, por contrariedade aos **artigos 617 do Código de Processo Penal e 59 do Código Penal**; e ainda, ao **art. 157, § 2º do Código Penal**.

Para tanto, afirma que *"embora inexista recurso do Ministério Público acerca deste ponto, o órgão fracionário alterou a sentença para o fim de excluir a vetorial antecedentes e, de ofício, considerar negativa a personalidade, sem, contudo, redimensionar a pena imposta proporcionalmente, sob o argumento de que se justifica a manutenção da sanção aplicada"* (fl. 212).

Aduz que, *"[t]odavia, ao assim proceder, violou o art. 59, caput, do Código Penal e o art. 617, do Código de Processo Penal, que expressamente*

*dispõe acerca do Princípio da ne reformatio in pejus, motivo pelo qual traduz-se em contrassenso, pois a um só decidiu em favor do recorrente, oportunidade em que reconheceu o equívoco na análise dos antecedentes e, ainda assim, inovou no que tange à valoração da vetorial personalidade para manter a exasperação da pena privativa de liberdade" (fl. 217).*

*Assinala que "[é] dizer, em suma, que a exasperação acima do mínimo em razão do concurso de causas de aumento de pena não está adstrita e tampouco decorre de um silogismo matemático, senão ao contrário, pois necessário se faz, além do concurso de, pelo menos, duas majorantes, a análise qualitativa e a explicitação das peculiaridades que caracterizam a maior gravidade do caso" (fl. 222).*

Afirma **violação ao art. 157, § 2º do Código Penal**, em síntese, aduzindo quanto à aplicação da fração de aumento de 1/2 (metade), na terceira fase da dosimetria da pena, esta teria sido considerado apenas o número de majorantes, sem qualquer elemento concreto que justificasse a exasperação.

Requer o provimento do apelo nobre, "*determinando-se, por consequência, o decote da vetorial personalidade e a exasperação dela decorrente, e o redimensionamento da terceira fase da dosimetria, a fim de que guarde proporcionalidade aos termos da Súmula 443 deste Superior Tribunal de Justiça*" (fls. 222).

Aponta, ainda, dissídio jurisprudencial, na interpretação do art. 59 do Código Penal e da ofensa do princípio da **ne reformatio in pejus**. Colaciona como paradigma o REsp n. 1.547.734/PE.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 228-234), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo não provimento do recurso especial (fls. 257-264).

É o relatório.

**Decido.**

Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal e do art. 244-B, **caput**, da Lei 8069/1990, à pena de 7 (sete) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado (fls. 120-124).

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva, nos termos do acórdão assim ementado (fls. 186-188):

*"APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CORRUPÇÃO DE MENORES. CONDENAÇÃO MANTIDA. PROVA SUFICIENTE. DOSIMETRIA DA PENA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.*

*- ROUBO MAJORADO (1º FATO). MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. As prova existentes no caderno processual são suficientes para o julgamento de procedência do pedido condenatório deduzido na denúncia. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas pela prova produzida. Conforme tranquilo entendimento jurisprudencial, a prova testemunhal consistente na palavra da vítima tem suficiente valor probante para o amparo d um decreto condenatório. Os relatos das vítima , ao se mostrarem seguros e coerentes, merecem ser considerados elementos de convicção de alta importância. Realizado seguro reconhecimento pessoal do acusado em juízo.*

*- MAJORANTE EMPREGO DE ARMA. São prescindíveis para a configuração da majorante descrita no art. 157, §2º, inc. I, do CP, com redação vigente à época do fato, a apreensão da arma e a certificação de sua efetiva potencialidade lesiva, se nos autos do processo criminal restou suficientemente comprovado, por outros meios, a utilização do artefato para intimidação da vítima.*

*- CORRUPÇÃO DE MENORES (2º FATO).*

*MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO Plenamente demonstrado que o delito foi praticado pelo réu em evidente coautoria com o menores, na medida em que um colaborou com o outro na prática do delito e concorreu de igual forma para o resultado. Em consonância com o pacificado entendimento do Supremo Tribuna Federal e do Superior Tribunal de Justiça, consolidado na Súmula nº 500 deste último, o crime de corrupção de menores é formal, prescindindo de prova da efetiva corrupção do inimputável à prática delitiva ou de sua idoneidade moral. Portanto, para sua configuração basta a participação do menor e delito na companhia de imputável ou que*

*este induza aquele a praticá-lo, pois a mens legis da norma é integridade moral do jovem, sua recuperação e reinserção na sociedade, bem como a preservação dos padrões éticos.*

*- DOSIMETRIA DA PENA. Quanto ao crime de roubo, a pena -base foi mantida em 05 (cinco) anos de reclusão em razão na nota negativa conferidos às circunstâncias do delito e aos antecedentes criminais (readequada para personalidade). Reprimenda atenuada em 06 (seis) meses pela menoridade relativa. Por fim, em se tratando de crime cometido por três agentes, mediante o emprego de três armas de fogo, circunstâncias que, por certo, revelam a maior reprovabilidade concreta da conduta, mantido o incremento da reprimenda na fração de 1/2 (metade), consentâneo aos critérios de necessidade e suficiência. Pena definitiva de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão. Pena de multa inalterada. Quanto ao crime de corrupção de menores, a basilar foi fixada no mínimo legal. Na segunda fase, apesar de reconhecida a incidência da atenuante de menoridade, a pena foi mantida no mesmo patamar. Impossibilidade de as atenuantes conduzirem a pena abaixo do mínimo previsto em lei. Súmula 231 do STJ. Pena definitiva de 01 (um) ano de reclusão. Concurso material. Pena final de 07 (sete) anos e 09 (nove) meses de reclusão. Regime inicial fechado (art. 33, §3º, do CP).*

*- PENA PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO OU ISENÇÃO. A condenação do réu à pena de multa configura simples realização do preceito secundário da norma incriminadora e, por isso, é de aplicação cogente, não sendo possível o seu afastamento ou isenção, sob pena de violação do Princípio da Legalidade.*

*- REPARAÇÃO MÍNIMA DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. Afastada a indenização fixada na sentença a título de reparação aos danos morais. Considerando que o fato delituoso objeto desta ação penal ocorreu em data posterior à entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, a fixação de valor mínimo de indenização ao ofendido prevista no art. 387, inc. IV, do CPP, é medida imperativa. Isso porque, sobrevindo prejuízo decorrente da infração à vítima e estando este evidenciado nos autos, a aplicação do aludido preceito legal é cogente, não sendo possível seu afastamento, sob pena de violação d Princípio da Legalidade. E, em se tratando parte integrante do decreto condenatório, dever do juiz, ao proferir a sentença, incluir o arbitramento de montante mínimo a título de reparação, sendo despiciendo pedido da acusação. Mantida a indenização fixada pelos danos materiais.*

*- EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Adesão ao*

*entendimento assentado pelo plenário do STF no julgamento do HC 126.292/SP. Possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada por esta segunda instância, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência. Determinada a execução provisória da pena.*

*Apelo parcialmente provido."*

Quanto à violação ao **artigo 59 do Código Penal e 617 do Código de Processo Penal**, colhe-se os excertos da fundamentação tecida pelo Tribunal de origem (fls. 199/200):

*"(...) Do Crime de Roubo Duplamente Majorado.*

*A basilar foi fixada em 05 (cinco) anos de reclusão em razão da nota negativa dada aos antecedentes criminais e às circunstâncias do crime.*

*Com efeito, em consulta a sua certidão de antecedentes criminais, constatei que o réu registra uma condenação e outra ação penal em andamento, por fatos posteriores ao roubo sub judice, o que evidencia a personalidade voltada a prática de crimes. Procedo, portanto, a readequação do desvalor conferido aos maus antecedentes para a vetorial personalidade. Com efeito, a vedação do reforço ou complemento de fundamentação difere dos casos em que é realizada simples correção do enquadramento equivocado da circunstância negativa dentre as moduladoras do artigo 59 do Código Penal, o que reputo viável*

*E as circunstâncias do delito efetivamente são graves, uma vez que, consoante bem fundamento pelo Sentenciante, "registra-se negativamente o roubo de veículo automotor, primeiro porque se trata de bem de valor significativo, que repercute fortemente no patrimônio da vítima e ainda repercute na comunidade em geral, pois há consequências mais difusas em tudo que envolve o mercado de automóveis e a questão de mobilidade urbana. Além disso, o roubo de carro também tem conotação de vincular-se à criminalidade organizada, por via de regra serve à prática de outros delitos, de modo que um só delito dá sequência a mais violência urbana, numa escalada de violência". Sem retoques. As particularidades apresentadas, ao contrário do que alegado pela defesa, não são inerentes ao tipo penal.*

*(...) Na segunda etapa, vai mantida a atenuação da reprimenda em 06 (seis) meses pela menoridade relativa do agente.*

*Na derradeira etapa, considerando que agiu o réu em conluio com outros dois adolescentes, que portavam, cada uma, uma arma de fogo, e que, durante o ilícito patrimonial, os agentes também subtraíram a arma pertencente ao ofendido Diego, sendo que em certo momento, como bem relatado pela vítima, os lesados tinham apontados contra si quatro artefatos bélicos. Diante destas particularidades, reputo que a fração de aumento mais adequada ao caso, consentâneo aos critérios de necessidade e suficiência, deve ser de metade, como bem fixado pelo Magistrado de origem, totalizando a*

*pena definitiva de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão.*

*A pena pecuniária segue confirmada em 10 (dez) dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, conforme exarado pelo decisor monocrático.*

*Do crime de Corrupção de Menores A basilar foi fixada no mínimo legal. Na segunda etapa, apesar de reconhecida a atenuante de menoridade, a pena foi mantida, com correção, no mínimo legal, em observância ao entendimento consolidado no verbete 231 do Superior Tribunal de Justiça, refletido nos julgados desta Câmara. Ausentes outras causas de aumento e diminuição da pena, segue confirmada a pena definitiva arbitrada em 01 (um) ano de reclusão.*

*Pelo concurso material, somadas as reprimendas, a pena definitiva resulta em 07 (sete) anos e 09 (nove) meses de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínima.*

*Quanto ao regime prisional para cumprimento da pena privativa de liberdade, entendo que deve ser mesmo o fechado, forte no artigo 33, § 3º, do Código Penal, considerando a sua personalidade voltada à prática delitiva. [...]."*

Da leitura do acórdão vergastado, constato que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, levando-se em consideração a negatização do vetor da personalidade, em razão da readequação dos maus antecedentes, em virtude da existência de processo criminal em curso contra o recorrente, sem, contudo, haver majoração da pena basilar.

É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processo 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."*

Neste sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONDUTA SOCIAL. MAUS ANTECEDENTES. ILEGALIDADE**



**CARACTERIZADA. MANUTENÇÃO DA SANÇÃO ESTABELECIDNA  
NA DECISÃO AGRAVADA. DETRAÇÃO. REGIME INICIAL MAIS  
GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS.  
POSSIBILIDADE. RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE  
PROVIDO.**

1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim, um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

2. Por conseguinte, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no caput do art. 59 do Código Penal, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

3. Na hipótese, no que se refere à conduta social e aos antecedentes, a Corte a quo utilizou argumentos inidôneos, considerando elementos genéricos e anotações criminais sem trânsito em julgado, o que demonstra a ilegalidade da pena-base estabelecida.

4. Verificando-se a inadequação da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, devem ser decotados os vetores mencionados, de forma a redimensionar a sanção estabelecida para 8 anos, ante a manutenção dos referentes à **personalidade**, consequência e circunstâncias do crime.

5. Operada a detração do tempo de prisão cautelar e estabelecida a pena remanescente a ser cumprida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, torna proporcional a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, letra "b" e § 3º, do Código Penal.

6. Agravo regimental parcialmente provido para estabelecer o regime inicial semiaberto." (AgRg nos EDcl no AREsp n. 840.065/RJ, **Quinta Turma**, Rel. **Min. Jorge Mussi**, DJe de 19/03/2019).

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE  
RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO.  
PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES.  
SÚMULA 444/STJ. NECESSIDADE DE CONDENAÇÃO  
TRANSITADA EM JULGADO. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO  
DE INFRAÇÕES PENAIAS COMETIDAS. IMPOSSIBILIDADE.  
CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEVADO VALOR DA**

**RECEPÇÃO. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. **É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processo 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."**

4. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, **não é possível considerar a condenação transitada em julgado, correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, para valorar negativamente antecedentes, conduta social ou personalidade do agente.**

5. Outrossim, 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.

6. No caso, as instâncias ordinárias expressamente justificaram a valoração negativa dos antecedentes e da personalidade com base em condenações sem trânsito em julgado e fatos cuja pretensão punitiva prescreveu-se, o que denota

*flagrante ilegalidade, consoante demonstrado supra, sendo, pois, inviável sua utilização como fatores de incrementação da pena-base.*

*7. No que tange às consequências do crime, não há reparos no acórdão impugnado a realizar. O valor do bem receptado de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) é de alta monta, indo além da mera descrição típica, sendo, pois, motivação idônea a aumentar a pena-base.*

*8. Há, portanto, uma circunstância judicial a ser valorada na primeira fase da dosimetria. Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo), fazendo-a incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de receptação (3 anos), resultaria no acréscimo de 4 meses e 15 dias à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 1 ano, 4 meses e 15 dias de reclusão, que se torna definitiva. Entretanto, como a pena dosada pela Tribunal foi de apenas 1 ano e 4 meses, deve ser esta mantida, do pena de violação da regra non reformatio in pejus.*

*9. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".*

*10. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Nesse diapasão, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.*

*11. Não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto as circunstâncias judiciais foram valoradas desfavoravelmente, o que vai de encontro ao requisito exigido pelo art. 44, III, do Código Penal.*

*[...]*

*13. Habeas corpus não conhecido" (HC 417.014/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 12/03/2018)*

*"HABEAS                  CORPUS                  IMPETRADO                  EM*

**SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ATO INFRACIONAL E CONDENAÇÃO DEFINITIVA USADA PARA CONFIGURAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA E PROMOVIDA A COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

- 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.

- Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, os atos infracionais anteriormente registrados pelo sentenciado, por não configurarem infrações penais, são inidôneos para subsidiar o aumento da pena-base, seja a título de maus antecedentes, personalidade desfavorável ou conduta social inadequada.

- Esta Quinta Turma, em recente decisão, decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).

- Na espécie, o constrangimento ilegal encontra-se evidenciado, a uma, porque ato infracional não pode repercutir na pena-base do agente; a duas, porque, ainda que fosse possível utilizar condenação pretérita definitiva para valorar a personalidade do agente, o caso demonstrou que o paciente possui apenas uma condenação transitada em julgado, a qual já serviu para agravar a pena, na segunda etapa do cálculo dosimétrico, a título de reincidência, não podendo, novamente, ser utilizada para exasperar a sanção basilar, sob pena de ofensa ao ne bis in idem.

- Reconhecida a confissão, de rigor a sua compensação integral com a reincidência, mesmo específica, pois o caso não apontou nenhuma peculiaridade à agravante do art. 61, I, do CP, como a multirreincidência, por exemplo, que implicasse a necessidade de uma maior resposta penal, levando à compensação apenas parcial. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex

*offício, para redimensionar as penas da paciente para 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 355.752/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 12/12/2017).*

**"RECURSO ESPECIAL. NULIDADE POR FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS CONCRETAMENTE FUNDAMENTADOS. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NEGATIVA. PROVIMENTO PARCIAL.**

1. Em matéria de nulidade, rege o consagrado princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a parte interessada. Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato. Por essa razão, a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual só pode acarretar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado, trazendo prejuízo a qualquer das partes da relação processual, o que, definitivamente, não é o caso dos autos.

2. Embora o recorrente não tenha sido intimado para requerer diligências, após a conclusão da inquirição de testemunhas, a defesa, ao sustentar, nas alegações finais, a referida nulidade, não demonstrou nenhum prejuízo advindo da não observância da norma e sequer indicou outras diligências que poderiam gerar benefício para o réu. 3. Não há ilegalidade na exasperação da pena-base, quando realizada diante dos contornos concretos do crime, consideradas negativamente a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime.

4. **Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, inquéritos policiais, ações penais em andamento ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado não podem ser sopesados a título de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.**

5. Recurso especial parcialmente provido para afastar da pena-base a consideração negativa dos antecedentes, da conduta social e da personalidade e fixar a reprimenda do recorrente em 11 anos e 8 meses de reclusão, e pagamento de 183

*dias-multa, referente ao crime de peculato, e 2 anos e 3 meses de reclusão em relação ao delito de quadrilha" (REsp n. 1.112.366/RO, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 17/12/2014, grifei).*

Quanto à **violação ao art. 617 do Código de Processo Penal**, a parte recorrente afirma ofensa aos princípios da coisa julgada e da **reformatio in pejus**, na medida em que afirma que *"a irresignação é exclusivamente da defesa, a decisão do Tribunal a quo contrariou o conteúdo normativo do art. 59, do Código Penal, e do art. 617, do Código de Processo Penal, que dispõe: "O tribunal, câmara ou turma a atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado sentença; incorrendo, ainda, em violação aos princípios da coisa julgada e da reformatio in pejus, pois sob o pretexto de estender ou projetar os fundamentos utilizados na vetorial que restou afastada, modificou in matam partem a sentença para valorar vetor até então inexistente na dosimetria."*(fl. 214).

Na espécie, constato que a ofensa ao **art. 617 do Código de Processo Penal**, como declinado nas razões do apelo nobre, decorreu da proibição da **ne reformatio in pejus**, porquanto em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal de origem decotou a vetorial dos antecedentes e reconheceu que a personalidade deveria ser negativada, e procedeu à substituição dos vetores, não alterando, entretanto, a pena.

**Portanto, com razão o recorrente neste ponto, devendo a pena-base deve ser revisada.**

Lado outro, quanto à **violação ao art. 157, § 2º do Código Penal**, o recorrente assinala que o acórdão hostilizado deve ser reformado *"em razão da desproporcionalidade existente na exasperação aplicada com azo no concurso de majorantes, pois a fixação da pena acima de 1/3, mínimo legal, quicá no montante de 3/8, e com ainda mais razão na fração de 1/2, requer fundamentação concreta e análise qualitativa das peculiaridades que singularizam o fato, sob pena de se admitir o dimensionamento objetivo da*

*pena, sem individualização, o que confronta de forma direta a súmula 443 deste Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado dispõe que "O aumento na terceira fase de aplicação da pena n crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente par a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (fl. 220).*

O Tribunal de origem sobre a **quaestio juris**, na terceira fase da dosimetria da pena, relativa ao crime de roubo majorado, assim decidiu (fl. 198):

*"Na derradeira etapa, considerando que agiu o réu em conluio com outros dois adolescentes, que portavam, cada uma, uma arma de fogo, e que, durante o ilícito patrimonial, os agentes também subtraíram a arma pertencente ao ofendido Diego, sendo que em certo momento, como bem relatado pela vítima, os lesados tinham apontados contra si quatro artefatos bélicos. Diante destas particularidades, reputo que a fração de aumento mais adequada ao caso, consentâneo aos critérios de necessidade e suficiência, deve ser de metade, como bem fixado pelo Magistrado de origem, totalizando a pena definitiva de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão.*

*A pena pecuniária segue confirmada em 10 (dez) dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, conforme exarado pelo decisum monocrático."*

De fato, admite-se, na terceira fase da dosimetria da pena, a exasperação da reprimenda acima do patamar mínimo desde que apresentada fundamentação concreta, baseada em dados extraídos dos autos, não se revelando legítimo invocar-se para tanto, tão somente, a quantidade de majorantes.

Tal entendimento já foi, inclusive, sumulado no âmbito desta Corte, nos termos do enunciado n. **443** da Súmula/STJ: *"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."*

Da leitura dos fundamentos do acórdão recorrido, entendo que houve fundamentação concreta e vinculada, suficiente para supedanear a elevação da reprimenda, pois foi **ressaltada a quantidade de agentes no delito, sendo que todos portavam armas de fogo.**

Nesse sentido:

*"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMIABERTO. FUNDAMENTO VÁLIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Não há ilegalidade na dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas no patamar estabelecido.*

*2. Não obstante a imposição da reprimenda final em patamar igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, justifica-se a sujeição ao regime intermediário quando alicerçado em elemento concreto dos autos (gravidade concreta do crime praticado).*

*3. Agravo regimental improvido."*

(AgRg no REsp 1728798/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 24/05/2018)

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 443/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Nos termos do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, 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. O Tribunal de origem fundamentou de forma idônea a utilização da fração de 3/8, na terceira fase da dosimetria, com base em elementos concretos não inerentes ao tipo penal, de forma que não se aplica a Súmula n. 443/STJ e se torna razoável a majoração na terceira fase da dosimetria no patamar fixado, em razão da gravidade concreta do crime consubstanciada no concurso de agentes e utilização de arma de fogo.*

*3. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 1210747/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 21/03/2018)



Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em conformidade com o entendimento desta Corte de Justiça **quanto ao tema, incide, no ponto**, o enunciado da Súmula n. 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.*"

Feitas estas considerações, passo à fixação de nova dosimetria da pena para o crime de **roubo majorado**.

Na primeira fase, procedo ao decote do vetor negativo da circunstância judicial referente à personalidade, devendo ser mantido apenas o aumento em relação às circunstâncias do crime. Assim, fixo a **pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses** de reclusão.

Na segunda fase, mantenho a redução de 6 (seis) meses, em virtude da menoridade relativa do recorrente, fixando-se a **pena intermediária em 4 (quatro) anos** de reclusão.

Na terceira fase, mantenho a exasperação de 1/2 (metade), justificada pelo **modus operandi**, pelo fato do delito ter sido cometido por 3 (três) agentes, todos portando arma de fogo, o que justifica o incremento da reprimenda. Assim, torno a **pena definitiva para o crime de roubo majorado em 6 (seis) anos de reclusão**.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, incisos II e III, do Regimento Interno do STJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial, nos termos da fundamentação retro.

P. e I.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 05 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator