

RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.032 - RS (2018/0340996-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : R V (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**

DECISÃO

RUDINEI VIEIRA interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** na Apelação Criminal n. 0082659-32.2018.8.21.7000.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado, em primeira instância, a **14 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão**, em regime **fechado**, mais multa, pela prática dos delitos descritos no art. 214, *caput*, c/c os arts. 224, "a", 226, II, 61, I, e 71, todos do Código Penal (fls. 476-494).

A Corte de origem negou provimento ao apelo defensivo (fls. 561-589).

Nas razões do especial, o ora recorrente aponta violação dos arts. 617 do Código de Processo Penal e 59 do Código Penal, **ao argumento de *reformatio in pejus*, em relação à vetorial culpabilidade, na primeira fase da dosimetria** (fls. 597-606).

Sustenta que o Tribunal estadual, **embora haja afastado a valoração negativa da culpabilidade do agente, manteve o aumento da pena-base sem alterações.**

Requer o provimento, **a fim de que seja reduzida a reprimenda.**

Apresentadas as contrarrazões (fls. 612-617) e admitido o recurso (fls. 619-627), veio o parecer do Ministério Público Federal (fls.

639-650), que opinou pelo **seu não provimento**.

Decido.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, motivos pelos quais conheço do especial e passo à análise da impugnação.

I. *Reformatio in pejus* – ocorrência

O Juiz de primeira instância, ao proceder à fixação da pena-base do acusado, valorou negativamente a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime e procedeu ao aumento de 1 ano de reclusão (fls. 490-491).

O Tribunal local, **conquanto tenha afastado a apreciação negativa da culpabilidade, manteve a exasperação aplicada na sentença** mediante os seguintes fundamentos (fls. 585-587, grifei):

[...]

Na fase do artigo 59 do Código Penal, houve o incremento de 01 ano em virtude da nota negativa conferida às vetoriais das circunstâncias ("o acusado agiu de forma ardilosa para perpetrar o crime, subjugando o irmão da ofendida por meio de sua capacidade econômica"), das consequências ("não foram de somenos, na medida em que a vítima, em razão do ocorrido, sofreu abalo psicológico e foi afastada da figura materna para evitar novos abusos sexuais. O relacionamento materno é de suma importância para um desenvolvimento saudável, porém a vítima arcou com esse prejuízo, pois a relação não foi restabelecida") e da culpabilidade ("entendida esta como juízo de reprovabilidade a ser efetivado sobre a conduta perpetrada pelo agente no caso concreto, indica censurabilidade acima da ordinária, tendo o réu revelado dolo intenso em seu agir").

[...]

Já a culpabilidade - considerada como elemento de determinação ou de medição de pena - constitui-se o norteador máximo da sanção aplicável, ainda que se invoquem objetivos ressocializadores ou de repressão social, segundo a lição de Bitencourt.

A culpabilidade caracteriza-se pela função de limite da pena e não como fundamento desta, impedindo sua imposição além ou aquém da medida prevista pela própria ideia de

culpabilidade, aliada a outros critérios, como a importância do bem jurídico, os fins preventivos, entre outros.

[...]

Feito o registro e trazendo tais considerações ao caso concreto, impossível constatar que o grau de censurabilidade da conduta praticada tenha desbordado do ordinário, ultrapassando a graduação mínima. Logo, não poderá sofrer ponderação desfavorável.

Todavia, tanto não remete ao redimensionamento da base, pois irretocáveis os demais tópicos, que detêm força suficiente para manter o afastamento em 01 ano do piso legal.

Pela leitura do trecho em destaque, observa-se que, **embora haja reconhecido a ausência de fundamentação concreta** para valorar negativamente a **culpabilidade**, a Corte local **manteve a majoração da pena-base no mesmo patamar aplicado na sentença condenatória.**

Assim, **houve, portanto, a *reformatio in pejus* na hipótese.**

Com efeito, a proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente.

Nesse sentido:

[...]

2. Não poderia a Corte de origem, em recurso exclusivo da defesa, haver sopesado a quantidade de drogas apreendidas – 40 pinos de cocaína, com peso bruto total aproximadamente de 45 g – para fins de exasperação da pena-base, porquanto tal circunstância, em nenhum momento, foi considerada como desfavorável pelo Juiz de primeiro grau, sob pena de violação do princípio da *ne reformatio in pejus*.

[...]

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente, nos termos do voto do relator.

(HC n. 338.379/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 16/12/2016, destaquei.)

[...]

1. Não se admite que a situação do acusado seja agravada quando apenas ele recorre, vedação que se encontra prevista no artigo 617 do Código de Processo Penal.
2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o princípio que proíbe a *reformatio in pejus* não impede que o tribunal, ao julgar o recurso de apelação exclusivo da defesa, reavalie as circunstâncias judiciais, desde que o montante de pena imposta ao réu não seja majorado.
3. No entanto, o caso dos autos possui peculiaridade que impede a aplicação de tal entendimento, pois embora a situação do paciente tenha melhorado com a aplicação da atenuante da menoridade, **não se pode admitir que, na fixação da sanção, circunstâncias que não foram valoradas negativamente assim o sejam em reclamo exclusivo da defesa**, resultando numa sanção básica 5 (cinco) anos maior do que a que já havia sido cominada.
4. O exercício do contraditório foi garantido ao Ministério Público, que, em momento algum, teceu qualquer consideração acerca da pena-base aplicada, circunstância que impede o Tribunal de origem de elevá-la novamente, de ofício, sob pena de atuar em desconformidade com o princípio que veda a *reformatio in pejus*. Precedentes do STF.
5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena do paciente em 20 (vinte) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.
(HC n. 353.251/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 23/11/2016, grifei.)

Constato, pois, a ilegalidade na exasperação da pena-base do acusado.

II. Readequação da pena

Caracterizada a coação ilegal, passo à readequação da pena.

Na primeira fase da dosimetria, afastada a valoração negativa da culpabilidade, a pena-base é fixada em **6 anos e 8 meses de reclusão**, pelas circunstâncias e pelas consequências do delito.

Na segunda etapa, a reprimenda **é agravada para 7 anos e**

8 meses de reclusão, devido à reincidência do acusado.

Na terceira fase, a sanção é majorada em 1/2, dada a causa de aumento do art. 226 do CP – o réu era padrasto da ofendida –, e resulta em **10 anos e 6 meses de reclusão**.

Por fim, dada a prática continuada dos delitos, é aplicada a regra do art. 71 do CP para aumentar a sanção em 1/5, e a pena totaliza **12 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão**.

III. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, V, "a", do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial**, a fim de reconhecer a violação do art. 59 do Código Penal e reduzir a pena do réu para **12 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão**.

Em tempo, corrija-se a autuação, para que conste o nome do recorrente por extenso, tendo em vista que, na espécie, não há motivo legal para a ocultação da identidade do réu.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**