

RECURSO ESPECIAL Nº 1.681.039 - RO (2017/0150337-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : AMÉRICO CARNEIRO DE SOUZA NETO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

DECISÃO

AMÉRICO CARNEIRO DE SOUZA NETO interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia**.

O recorrente aponta violação do art. 59 do Código Penal, ao argumento de que a pena-base do recorrente foi exasperada por meio de fundamentos inidôneos.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja **reduzida a pena**.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o especial, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu parcial provimento.

Decido.

Primeiramente, observo que o recurso especial suplanta o juízo de prelibação, haja vista a ocorrência do necessário prequestionamento, além de estarem presentes os demais pressupostos de admissibilidade, razões pelas quais avanço na análise de mérito da controvérsia.

I. Contextualização

Extraí-se dos autos que o Tribunal de Justiça estadual negou provimento ao recurso de apelação da defesa e manteve a **condenação do réu a 30 anos de reclusão e 300 dias-multa, em regime fechado**, pela prática do delito tipificado no **art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal**.

A discussão posta a debate no presente recurso limita-se à idoneidade dos fundamentos utilizados para a exasperação da pena-base.

II. Pena-base

A Corte de origem assim dosou a pena na primeira fase (fls. 293-294, destaquei):

Resta dosar-lhe os respectivos castigos.

Culpabilidade evidenciada, sendo sua conduta altamente reprovável. Américo é reincidente, pois já foi condenado pela prática de furto por sentença transitada em julgado em 3/11/2015. Mas essa circunstância não pode ser valorada nesta fase. **Fora o apontado registro, porém, o condenado ostenta outras condenações pela prática de crimes patrimoniais não violentos, tudo conforme certidões de fls. 120/126.**

Personalidade com seríssimo desvio de comportamento moral, a julgar pela frieza, malvadez e insensibilidade externada quando da execução do crime, dado concreto a indicar elevada periculosidade (TJSP - RT 524/331).

O motivo do crime, no caso vertente, é a cupidez pelo ganho fácil à custa da degradação alheia.

As circunstâncias e consequências extrapenais foram drásticas, sendo-lhes totalmente desfavoráveis, pois a abjeta ação foi implementada na presença do filho menor e da esposa da vítima. Além disso, ao **privar toda a comunidade local do convívio de um de seus mais ilustres representantes, tripudiou sobre os ânimos de uma população que já vive sob o signo dos horrores de cada esquina**, levando-a, inclusive, a acreditar que a autotutela é a solução para conter o avanço da criminalidade.

O comportamento da vítima em nada contribuiu para a infração. Por derradeiro, sua situação econômica não é boa.

Havendo total preponderância de circunstâncias desfavoráveis, as penas vão fixadas, nesta primeira fase da dosimetria, em 28 anos de reclusão e 300 dias-multa.

O Tribunal *a quo* ratificou os termos da sentença. Destacou a discricionariedade do magistrado na dosagem da pena e a validade dos fundamentos para o seu recrudesimento (fls. 339-340, grifei):

Como cediço, a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial, e o Código Penal não estabelece

rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.

Não se altera a pena, sobretudo quando dentro do controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores; apenas em eventuais casos de discrepâncias gritantes e arbitrárias (STJ - RHC 117489).

Na hipótese, após ter sido valorada como desfavorável parte das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP (culpabilidade, conduta social, personalidade, motivo, circunstâncias, conseqüências e comportamento da vítima), o juiz sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal, isto é, 28 anos de reclusão.

Ademais, não se pode olvidar que basta uma única circunstância não ser favorável para que a pena-base não mais possa ficar no patamar mínimo (STF: HC 76.196/GO).

Anote-se que a forma que o crime foi praticado, isto é, tiro à queima-roupa, no rosto da vítima e na frente de seu filho e esposa, exige que o magistrado fixe uma pena mais severa.

Nesse passo, diferente do que sustenta o apelante, a fixação da pena-base acima do mínimo legal não afronta o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, pois está devidamente justificada, ante seis das oito circunstâncias judiciais serem desfavoráveis a ele.

Esta Corte, em situação semelhante, já decidiu no sentido de que se as circunstâncias são, em partes, consideradas desfavoráveis, fica justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal (AP n. 1003477-87 2003.8.22.0012. Relator Des. Valdeci Castellar Citon. j. 11/2/2010).

No que tange à pretendida redução da pena-base imposta ao recorrente, cumpre salientar que a fixação da reprimenda é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e

à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto. Cumpre-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente.

Na presente hipótese, a pena foi aumentada na primeira etapa em razão **da valoração negativa da culpabilidade, da personalidade, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do delito, além do comportamento da vítima não ter contribuído para a infração**. Contudo, observa-se que, com exceção da vetorial relativa às circunstâncias do crime, nenhuma outra foi devidamente motivada.

Conforme se observa, as instâncias ordinárias trouxeram elementos que exacerbam as elementares do delito, ao descrever o *modus operandi* empregado pelo agente para demonstrar o desvalor **das circunstâncias do crime: a empreitada delituosa foi cometida na presença do filho menor da vítima e de sua esposa**. Nesse ponto, deve ser mantida referido vetor.

[...]

2. Acerca das circunstâncias, ficou registrado que o crime foi praticado na presença dos filhos menores da vítima, o que justifica de maneira idônea a valoração negativa da referida circunstância judicial.

[...]

4. Para alterar a conclusão do acórdão impugnado no tocante à incidência da confissão espontânea, seria necessária ampla dilação probatória, providência inviável em habeas corpus.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 432.302/PE, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 22/8/2018)

No tocante à **culpabilidade**, seu conceito, envolto em intensos debates doutrinários, costuma ser utilizado em três sentidos no Direito Penal pátrio, que aqui sintetizo apenas para compreensão do julgado: a) como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; b) como limite à sanção estatal, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; c) como pressuposto da aplicação

da pena ou, para os que adotam a teoria tripartida do delito, como elemento analítico do crime.

Para a análise da dosimetria e da aventada violação do art. 59 do CP, interessa-nos a culpabilidade como limite à sanção estatal, circunstância judicial introduzida no art. 59 do CP pela reforma penal de 1984, em substituição ao critério da intensidade do dolo ou do grau de culpa, que permite a mensuração da reprovabilidade que recai sobre o agente, ante o bem jurídico ofendido.

Relativamente a essa vetorial, as instâncias de origem destacaram **condenações anteriores**, diversas da que foi considerada na segunda fase. Contudo, consoante entendimento recente desta Corte, na dosagem da pena, na primeira etapa, somente os antecedentes criminais podem ser valorados negativamente em razão de outras condenações.

Ilustrativamente:

[...]

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal decidiu que "eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência **somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais**, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte" (EAREsp n. 1.311.636/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª S., DJe 26/4/2019).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.784.955/MS, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 9/9/2019, grifei)

[...]

2. Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência **somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais**, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte.

3. A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos,

de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social).

Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social.

4. Havendo uma circunstância judicial específica destinada à valoração dos antecedentes criminais do réu, revela-se desnecessária e "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). Tal diretriz passou a ser acolhida mais recentemente pela colenda Sexta Turma deste Tribunal: REsp 1760972/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018 e HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019. Uniformização jurisprudencial consolidada.

5. In casu, a condenação imposta ao recorrente aumentou sua pena-base acima do mínimo legal, valorando, indevidamente, tanto no delito de lesão corporal (129, § 9º, do Código Penal) quanto no de ameaça (art. 147, CP), sua personalidade e seus maus antecedentes com base em diferentes condenações criminais transitadas em julgado.

6. Extirpada a vetorial da personalidade, na primeira fase da dosimetria, remanesce ainda, em ambos os delitos, a vetorial "antecedentes criminais", o que justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

7. Embargos de divergência providos, para, reformando o acórdão recorrido, dar provimento ao agravo regimental do réu e, por consequência, conhecer de seu agravo e dar provimento a seu recurso especial, reduzindo, as penas impostas ao recorrente na proporção do aumento indevidamente atribuído ao vetor "personalidade", na

primeira fase da dosimetria.

(EAREsp n. 1.311.636/MS, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 3ª S., DJe 26/4/2019)

Quanto à personalidade, o Magistrado de primeira instância concluiu que o réu tem seríssimo desvio de comportamento, devido à frieza, malvadez e insensibilidade com que praticou o crime. Contudo, entendo que a simples afirmação de estar comprometida a personalidade do agente, em razão da suposta frieza e malvadez com que praticou o delito de latrocínio, não evidencia a sua especial agressividade e/ou perversidade, ou mesmo menor sensibilidade ético-moral. Referidas características, ainda, não extrapolam as esperadas para o crime em questão em que, para subtrair ou para garantir a subtração, o agente, em razão da violência empregada, mate a vítima.

Nesse sentido:

[...]

4. Por outro lado, no que tange à valoração negativa da personalidade e da conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, o entendimento das instâncias ordinárias não prevalece. **A personalidade deve ser aferida a partir do modo de agir do criminoso, podendo-se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.** A conduta social compreende o comportamento do agente no meio familiar, no meio de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos, não se confundindo com antecedentes criminais.

5. Ordem de habeas corpus concedida, em parte, a fim de reformar o acórdão impugnado tão somente para decotar, na primeira fase de dosimetria, a valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes à personalidade e conduta social, ficando a pena final quantificada em 10 (dez) anos, 3 (três) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

(HC n. 479.199/RJ, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., DJe 28/02/2019, destaquei)

No que se refere aos **motivos**, cumpre lembrar que **o lucro**

fácil é elemento inerente aos crimes cujo bem jurídico tutelado é o patrimônio, como *in casu*, daí não ser idôneo para embasar a elevação da pena-base.

Precedentes:

[...]

3. Não constitui fundamento idôneo para o aumento da pena-base como motivos do delito o lucro fácil ou a pretensão de enriquecimento dos acusados, por se tratar de circunstância que não exorbita das comuns à espécie (roubo), enquanto delito de cunho patrimonial. Precedentes.

[...]

5. O comportamento da vítima que em nada concorreu para a prática delitiva não pode ser sopesado para fins de exasperação da pena-base, tratando-se de circunstância neutra ou favorável.

[...]

7. Agravo regimental improvido e habeas corpus concedido de ofício para reduzir a pena imposta ao recorrente a 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa, com efeitos extensivos aos corréus.

(AgRg no AREsp n. 562.617/PA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/12/2018)

[...]

IV - Os motivos foram valorados em desfavor do paciente, em face do lucro fácil, fundamento que não se presta a tal valoração por se tratar de razão inerente ao delito imputado (roubo), de cunho patrimonial.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, redimensionar a pena do paciente para 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC n. 422.585/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 6/4/2018)

Relativamente às **consequências**, o Juiz sentenciante registrou que o evento ilícito privou a comunidade da convivência de um de "seus mais ilustres representantes", sem especificar, contudo, se a vítima tinha alguma posição de destaque na sociedade, tampouco demonstrou que ela tenha sido escolhida em razão de sua importância na comunidade. Destacou, ainda, que o fato concorre para o aumento da

violência e a revolta da sociedade. Reputo abstrata e inidônea a motivação apresentada, pois se refere a uma projeção de aumento da insegurança, sem lastro em dados concretos.

Ilustrativamente:

[...]

2. A Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, em 1/6, quanto à natureza das substâncias entorpecentes envolvidas (cocaína e crack), não parecendo arbitrário o quantum imposto (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. Não se adotou, contudo, motivação concreta para autorizar a exasperação da pena-base com relação ao "mau comportamento do paciente, à vista da grande perturbação da ordem pública causada pelos fatos", que se revela fundamento genérico e abstrato.

[...]

5. Habeas corpus parcialmente concedido, a fim de reduzir a pena do paciente para 4 anos e 1 mês de reclusão e pagamento de 952 dias-multa.

(HC n. 428.948/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 1/6/2018)

Por fim, no que tange ao **comportamento da vítima**, de acordo com o entendimento desta Corte Superior, essa circunstância judicial nunca será avaliada desfavoravelmente: será positiva (i. e., favorável ao réu) ou neutra, conforme a vítima contribua ou não para a prática do delito. Nesses termos:

[...]

- O comportamento da vítima é circunstância favorável ao réu ou neutra, conforme tenha ocorrido ou não a contribuição da vítima para o delito. Não serve, assim, para justificar a exasperação da pena-base. Precedentes.

[...]

- Agravo regimental parcialmente provido para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 36 anos e 4 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(AgRg no HC n. 497.773/AP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 1/7/2019)

Constatada a violação do art. 59 do Código Penal, passo à readequação da pena.

Na primeira fase, a pena-base foi exasperada em 1 ano e 4 meses para cada vetorial. Assim, persistindo apenas a relativa às circunstâncias do delito, a referida pena-base deve ser reduzida a 21 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa. Na segunda fase, a reprimenda foi agravada em 2 anos, pois, embora o réu haja confessado a prática delitiva, é multirreincidente, o que totaliza **23 anos e 4 meses de reclusão e 14 dias-multa e se torna definitiva, ante a ausência de outras causas modificativas.**

III. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou parcial provimento ao recurso especial**, para reduzir a pena imposta **ao recorrente a 23 anos e 4 meses de reclusão e 14 dias-multa**, e mantenho, no mais, o acórdão.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator