

RECURSO ESPECIAL Nº 1.857.161 - RS (2020/0006194-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : CESAR AUGUSTO BONATTO DE SOUZA
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

Trata-se de recurso especial em face de acórdão que deu parcial provimento ao apelo defensivo.

Sustenta a defesa contrariedade ao art. 59 do CP, aduzindo ausência de fundamentação idônea na exasperação da pena-base pela circunstância judicial da personalidade do agente. Acena com dissídio jurisprudencial.

Pugna pelo provimento do recurso, para que seja a reprimenda redimensionada.

Contrarrazoado, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

DECIDO.

O recorrente foi condenado, como incurso no art. 155, § 4º, I, c.c. art. 61, I, ambos do CP, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 15 dias-multa.

Como é consabido, via de regra, não se presta o recurso especial 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.

Esta Corte firmou o entendimento, ainda, no sentido de que a exasperação da pena-base, assim como o recrudescimento de qualquer tratamento direcionado ao réu acima do mínimo previsto em lei, deve ser fundamentado em elementos extraídos dos dados concretos constantes dos autos.

No que interessa, extrai-se do acórdão combatido:

O sentenciante, emprestando tom negativo às vetoriais **antecedentes** e

personalidade, afastou a basilar em 1 ano, fixando-a em 3 anos de reclusão. Com razão.

O réu ostenta múltiplas passagens criminais (15) por delitos anteriores e posteriores, a esmagadora maioria por furto, nas suas mais diversas formas (certidão de fls. 59/64).

Além de reincidente, registra 3 condenações definitivas com trânsito em julgado posterior ao fato, mas anterior à prolação da sentença, 3 condenações provisórias, e 8 ações penais em andamento, tudo a macular seus antecedentes (delitos anteriores) e personalidade (delitos posteriores), sem implicar *bis in idem*.

Na 2ª etapa do processo dosimétrico, a pena foi aumentada em 1 ano pela agravante da reincidência, o que se mostrou desproporcional, porque uma única condenação a caracterizá-la e não específica, o que impõe a redução para 6 meses, restando fixada definitivamente em 3 anos e 6 meses de reclusão, ante a ausência de causas modificadoras outras.

Registro, por oportuno, que, em que pese tenha o acusado admitido, na fase policial, a rapina, houve retratação em juízo, não fazendo jus, então, ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

A pena de multa deve ser mantida em 15 dias-multa, na medida em que a análise das circunstâncias do art. 59 do CP não foi inteiramente favorável ao réu.

Por sua vez, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão das condições subjetivas altamente desfavoráveis do agente, tratando-se de sujeito reincidente, não se mostrando medida suficiente à devida repreensão e prevenção do ilícito, além do que negativas as vetoriais antecedentes e personalidade, tudo nos termos do art. 44, II e III do CP.

Ante o exposto, VOTO no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO PARA REDUZIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO RÉU PARA 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES SENTENCIAIS.

A defesa argumenta *que é impossível avaliar a personalidade de algum indivíduo com base em seu histórico criminal* (fl. 155).

Da fundamentação do acórdão, deduz-se que o acórdão considerou, na primeira fase da dosimetria, como circunstâncias judiciais negativas, os antecedentes e a personalidade do acusado, tendo em vista "3 condenações definitivas com trânsito em julgado posterior ao fato, mas anterior à prolação da sentença, 3 condenações provisórias, e 8 ações penais em andamento". Além disso, na segunda fase do cálculo, a pena foi agravada pela reincidência.

No que se refere à personalidade, o acórdão recorrido é contrário à jurisprudência desta Corte, consolidada na Súmula 444/STJ, segundo a qual "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base".

Destarte, a exasperação da pena-base, pela consideração negativa da

personalidade, com fundamento em condenações provisórias e ações penais em andamento, conforme determinado pelo acórdão combatido, fere o teor da mencionada Súmula 444/STJ, devendo ser afastada. Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º DA LEI N.

9.613/98). DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE E MOTIVOS DO CRIME. DEVIDAMENTE MOTIVADOS.

ANTECEDENTES. FATOS PRATICADOS CONCOMITANTEMENTE COM A PRESENTE AÇÃO PENAL. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL. CONDUTA SOCIAL. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. INIDONEIDADE. SÚMULA 444/STJ. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU NÃO ADMITIU A AUTORIA DO DELITO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

3. A jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça é no sentido de ser possível o aumento da sanção inicial, em razão dos maus antecedentes, com esteio em condenações criminais transitadas em julgado entre o cometimento do delito e a prolação da sentença, desde que a ação penal pretérita seja referente a fatos anteriores.

4. Não restando imputação certo que os fatos de outro processo criminal são anteriores, e não podendo a dúvida prejudicar ao perseguido, resta excluir a consideração negativa de seus antecedentes.

5. A exasperação da reprimenda básica, pela consideração negativa da conduta social, com fundamento em ações penais em andamento, fere a Súmula 444/STJ, devendo, portanto, ser afastada.

6. Da análise da sentença e do acórdão, nota-se que, apesar de o paciente ter admitido possuir relação com gerente bancário e ter comparecido diversas vezes a Agência Central do BANESTES, tem-se que o réu não admitiu, de fato, a prática delitiva, sendo, portanto, inviável reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

7. Devida a manutenção do regime inicial fechado, tendo em vista a reprimenda final ter permanecido em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, além da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

8. Habeas corpus parcialmente concedido.

(HC 416.371/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ART. 176 DO CP. PERSONALIDADE DOS AGENTES. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DE CONDENAÇÕES SÚMULA 444/STJ. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. AUMENTO PELOS MOTIVOS DO CRIME NÃO JUSTIFICADA. PENA-BASE REDUZIDA AO PISO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. No caso, porém, não restou declinada motivação concreta para a elevação da pena-base pela personalidade dos réus.

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

[...]

9. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena dos pacientes correspondente ao delito do 176 do CP a 15 dias de detenção, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

(HC 538.995/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019)

Assim, considerados os critérios fixados no acórdão, passo a redimensionar a pena.

Na primeira fase, presente apenas uma circunstância judicial negativa (antecedentes), fixo a pena-base em 2 anos e 6 meses de reclusão. Na segunda fase, aumenta-se a pena em 6 meses pela reincidência, atingindo 3 anos de reclusão e 12 dias-multa, mantido tal patamar na terceira etapa do cálculo, à míngua de causas de aumento ou diminuição da pena. Mantenho o regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, c, e § 3º do CP).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para diminuir a pena a 3 anos de reclusão e 12 dias-multa.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator