RECURSO ESPECIAL Nº 1.863.153 - RS (2020/0043770-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	JOAO RICARDO DE MORAIS
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 com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, interposto em desfavor de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o réu foi condenado como incurso nas sanções do art. 155 (furto qualificado), § 4°, I c/c o art. 61, I do CP, às penas de 3 anos de reclusão (pena-base de 2 anos e 4 meses, elevada em 8 meses pela agravante da reincidência), no regime inicial semiaberto, e multa de 22 dias-multa (14 dias-multa, agravada em 8 dias-multa pela recidiva), à razão unitária mínima.

Irresignada a parte e interposto recurso, restou este parcialmente provido por acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 171):

> *APELAÇÃO-CRIME. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. 1. FURTO QUALIFICADO. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Prova amplamente incriminatória. Imagens das câmeras de segurança do prédio em que reside a vítima exibindo a ação delitiva levada a efeito pelo réu, corroborada em juízo pelas contundentes narrativas do ofendido, confirmando a subtração de sua bicicleta mediante arrombamento, e do policial civil que atuou na investigação, ratificando a identificação do increpado por meio das imagens gravadas, o qual já era conhecido pela prática de diversos fatos análogos. A palavra da vítima e do policial civil é prova que assume especial relevo probatório, naturalmente sobressaindo sobre a do inculpado, porque não se acredita que tais pessoas incriminem outrem, somente a fim de prejudicá-lo, indemonstrada qualquer razão para falsa inculpação. O julgador pode formar sua convicção baseado nos elementos informativos coligidos na fase policial e aqueles produzidos em pretório, desde que respeitada a preponderância da prova judicializada, porquanto o art. 155 do CPP veda apenas a condenação fundada, exclusivamente, em elementos*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 054F571E-ADAA-4135-B2E5-B146F7019DC5

informativos inquisitoriais. Denunciado que, em ambas as fases de ausculta, exerceu seu direito de permanecer em silêncio, não havendo, portanto, tese de defesa pessoal que pudesse ser analisada e derruísse a robustez da prova construída pela acusação. Condenação que se impunha e que deve ser mantida.

2. QUALIFICADORA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. Auto de exame de furto qualificado realizado por peritos devidamente nomeados, portadores de curso superior. O fato de ter sido produzido indiretamente não prejudica a idoneidade do auto, porque há previsão legal para tanto – art. 158 do CPP. Inexistência, no processo, de qualquer indicativo de que os experts tivessem algum interesse em prejudicar o réu. Prescindível o exame à demonstração da qualificadora, se outras provas assim o indicarem. Precedentes. Vítima que foi enfática quanto ao arrombamento da fechadura da porta que dá acesso à garagem do seu prédio, corroborando a narrativa as imagens das câmeras de segurança do local. Auto formalmente perfeito, ratificado pelo restante da prova angariada. Qualificadora mantida.

3. SEMI-IMPUTABILIDADE PENAL. DEPENDÊNCIA EM DROGAS. MINORANTE NÃO RECONHECIDA. A simples alegação de dependência química, ou da condição de drogadição, não exclui a responsabilidade pelo delito praticado, nem reduz a culpabilidade. Perícia que, sendo facultativa, nem mesmo foi requerida pela defesa. Imputabilidade plena afirmada. Ademais, tanto o art. 28, II e §§ do CP, quanto o art. 46 e art. 45 da Lei de Drogas, adotaram, ao reconhecimento da minorante da semi-imputabilidade, a Teoria da Actio Libera In Causa, havendo necessidade de que a embriaguez pelo álcool ou drogas tenha sido proveniente de caso fortuito ou força maior. Pelo mesmo motivo, inviável o reconhecimento da minorante do art. 26, parágrafo único do CP.

4. DOSIMETRIA. PENA-BASE. Na 1ª fase, o sentenciante, emprestando tom desfavorável à moduladora culpabilidade, fixou a basilar em 2 anos e 4 meses de reclusão. A culpabilidade, tida como grau de reprovabilidade da conduta, não excedeu o ordinário de ações deste jaez. O fato de o agente ter consciência da ilicitude da conduta e poder agir de modo diverso não autoriza a consideração desfavorável dessa vetorial, porque, se assim o fizesse, sopesar-se-ia a culpabilidade stricto sensu, que é pressuposto para aplicação da pena (imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e imputabilidade), e não a de que trata o art. 59 do CP (lato sensu). Não obstante, o acusado, além de quintuplamente reincidente, por 4 condenações específico, registra maus antecedentes, aqui valoradas 1 das condenações caracterizadoras, além de 3 condenações provisórias, todas por delitos praticados em datas anteriores ao presente. Indivíduo que não pode receber tratamento penal idêntico àquele que nunca enveredou pelo caminho ilícito. Princípios da proporcionalidade e da isonomia. Ainda que o sentenciante não tenha desvalorado a operadora antecedentes, nada impede que assim o entenda o Colegiado. Tribunal ad quem, que, em recurso exclusivo da defesa, está vinculado ao quantum de pena

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 054F571E-ADAA-4135-B2E5-B146F7019DC5

aplicado, e não aos critérios de fixação dela eleitos pelo sentenciante. Art. 617, in fine do CPP. Precedentes do E. STJ e do E. STF. Basilar mantida. Na 2ª fase, a sanção foi exasperada em 8 meses pela agravante da reincidência. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO COGENTE, DECORRENTE DE DISPOSIÇÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE INOCORRENTE. Recidiva corretamente reconhecida. O não reconhecimento da agravante da reincidência, prevista expressamente em lei – art. 61, I do CP –, implica negativa de vigência à própria lei e violação aos princípios constitucionais da isonomia – porque, do contrário, seria conferir tratamento igual aos desiguais – e da individualização da pena – porque o legislador pretendeu dar tratamento mais rigoroso aos já condenados, mas que não compreenderam as finalidades da pena. Bis in idem não configurado, tampouco ofensa a qualquer princípio constitucional. Entendimento do E. STF reconhecendo a constitucionalidade da reincidência (RE nº 453.000). Agravante mantida. Aumento de 8 meses a esse título, que se mostra proporcional, porque valoradas 4 das 5 condenações, as 4 caracterizadoras da recidiva específica. Pena provisória mantida em 3 anos de reclusão, assim definitivada.

5. MULTA. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXIGIBILIDADE AFASTADA. Inviável o afastamento da exigibilidade da pecuniária imposta, por tratar-se de pena cumulativa, prevista expressamente em lei, de aplicação cogente. Eventual impossibilidade de pagamento, pelo invocado estado de pobreza, deve ser alegada no juízo da execução, não competindo a análise ao juízo do conhecimento. Inviabilidade de suspender a exigibilidade do pagamento da multa, por ausência de previsão legal. Isenção da multa cassada. REDUÇÃO. O critério para fixação da pena de multa é o bifásico. A quantidade é definida através do mesmo critério adotado para o estabelecimento da pena-base, qual seja, o exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. A unidade, pela situação financeira do imputado. Hipótese na qual o sentenciante, quando do arbitramento da multa, observou o sistema trifásico, fixando-a em 14 dias-multa e aumentando-a em 8 dias-multa na 2ª fase, chegando à pecuniária de 22 dias-multa. Redução para 14 dias-multa.

APELOS DEFENSIVO E MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDOS.

CASSADO O AFASTAMENTO DA EXIGIBILIDADE DA PENA DE MULTA, REDUZIDA PARA 14 DIAS-MULTA. DEMAIS DISPOSIÇÕES SENTENCIAIS MANTIDAS.

Na petição de recurso especial, a parte recorrente alega violação aos princípios da *ne reformatio in pejus* e da coisa julgada, da contrariedade aos artigos 617 do Código de Processo Penal e 59 do Código Penal.

Sustenta a ocorrência de *reformatio in pejus*, pois a decisão recorrida

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 054F571E-ADAA-4135-B2E5-B146F7019DC5

alterou a sentença, mesmo diante do recurso exclusivo da defesa, excluindo a vetorial culpabilidade, agregando novos fundamentos para o fim de determinar a valoração negativa da vetorial antecedentes, inalterando a pena-base.

Aduz a ocorrência de dissídio jurisprudencial.

Contrarrazões às fls. 215/218.

Admitido o recurso (fls. 220/227), os autos vieram a esta Corte.

Parecer ministerial proferido nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 242):

> *FURTO QUALIFICADO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO ART. 105, III, "A" E "C" DA CF/88. ALEGAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 59 DO CP E 617 DO CPP. PRETENSÃO DE REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ADOÇÃO DE FUNDAMENTO NOVO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL; CASO CONHECIDO, PELO SEU DESPROVIMENTO.*

É o relatório. Decido.

Não merece provimento a pretensão recursal.

A parte recorrente afirma a ocorrência de *reformatio in pejus* diante de alteração de fundamentação na fixação da pena-base mesmo diante de decote da valoração negativa de uma circunstância judicial.

Quanto ao tema, o Tribunal de origem consignou (e-STJ, fl. 184):

> *Na lª fase, o sentenciante, valorando negativamente a culpabilidade do réu, afastou a basilar em 4 meses do piso legal, fixando-a em 2 anos e 4 meses de reclusão.*
>
> *Todavia, o argumento utilizado no sentido de que "quanto à culpabilidade, inquestionável, tanto em relação à consciência da conduta, quanto à reprovação da mesma, pois jovem e com razoável nível de instrução", não enseja o tisne que recaiu sobre a operadora culpabilidade do réu, porque, se assim o fizesse, sopesar-se-ia a culpabilidade stricto sensu, que é pressuposto para aplicação da pena (imputabilidade e potencial conhecimento da ilicitude), e não a de que trata o art. 59 do CP (lato sensu).*
>
> *Não obstante, conforme certidão de fls. 25/30, o acusado,*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 054F571E-ADAA-4135-B2E5-B146F7019DC5

além de quintuplamente reincidente, por 4 condenações específico, registra maus antecedentes, aqui sobrelevadas 1 das condenações caracterizadoras, além de 3 condenações provisórias, todos por delitos praticados em datas anteriores ao presente, devendo refletir neste momento do processo dosimétrico, porquanto não se afigura correto que aquele que ostenta já condenações definitivas e provisórias receba o mesmo apenamento imposto àquele que ainda é neófito no mundo do crime, observando-se os princípios da proporcionalidade e da isonomia.

Está-se, com isso, dando concretude à correta individualização da pena, o art. 59 do CP estabelecendo critérios também subjetivos a tanto.

E o fato de a vetorial antecedentes não ter sido valorada negativamente pelo decisor unipessoal não constitui, em absoluto, óbice para fazê-lo nesta sede, conforme iterativamente decido, a partir da interpretação do art. 617, in fine do CPP.

O que vincula é o quantitativo final da sanção imposta, e não os fundamentos utilizados para justificá-lo.

Decisões do E. STJ e do E. STF vêm admitindo que o Tribunal ad quem mantenha o apenamento impingido na sentença, pelo decisor a quo, embora com base em vetor diverso daquele eventualmente apontado por este último, porquanto as limitações havidas em recurso exclusivo da defesa dizem, tão somente, com o agravamento da sanção aplicada em 1º Grau.

Destarte, ainda que afastado o desvalor que recaiu sobre a moduladora culpabilidade, a remanescente – antecedentes – por sua envergadura, tem força suficiente para manutenção da pena-base em 2 anos e 4 meses, atendendo aos postulados de necessariedade e suficiência à prevenção e reprovação do ilícito.

Com efeito, a decisão vergastada coaduna-se com "*a jurisprudência desta Corte que admite a suplementação de fundamentos pelo Tribunal que revisa a dosimetria, sempre que não houver agravamento da pena, em razão do efeito devolutivo amplo de recurso de apelação, não se configurando, nesses casos, reformatio in pejus.*" (AgRg no AREsp 1211369/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018)

Neste sentido:

REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APELAÇÃO DEFENSIVA. AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. VERIFICAÇÃO DE NOVOS FUNDAMENTOS APTOS PARA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA, DESDE QUE NÃO AGRAVADA A SITUAÇÃO DO APENADO. TESE SURGIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. OPOSIÇÃO DE

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 054F571E-ADAA-4135-B2E5-B146F7019DC5

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERESSE RECURSAL E PREQUESTIONAMENTO. RECONHECIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. Surgida apenas no acórdão da apelação defensiva a tese referente à impossibilidade de se acrescentar fundamento novo para a fixação da pena-base, sob pena de se proceder em reformatio in pejus e opostos embargos de declaração, procedendo o colegiado a quo ao seu debate, está configurado o interesse recursal do Ministério Público, assim como o prequestionamento da matéria. 2.* ***O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza que Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, proceda à revisão das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, alterando os fundamentos para justificar a manutenção da pena-base exasperada, não havendo falar em reformatio in pejus, se a situação do sentenciado não é agravada.***
>
> *3. Agravo regimental improvido.*
>
> *(AgRg no REsp 1558471/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 07/06/2017)*

Isto posto, há que se ressaltar que "*a ampla devolutividade da apelação autoriza o Tribunal, ainda que em recurso exclusivo da defesa, invocar fundamentos diversos daqueles que subsidiaram a prolação do édito condenatório, com vistas à sua manutenção, não havendo que se falar em supressão de instância ou reformatio in pejus*." (AgRg no REsp 1851368/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 13/03/2020)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inc. IV, alínea “a”, do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, nego provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 31 de março de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 054F571E-ADAA-4135-B2E5-B146F7019DC5