RECURSO ESPECIAL Nº 1.868.005 - RS (2020/0068836-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE	:	JOHNATAN PEREIRA DE ARAUJO
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 interposto por JOHNATAN PEREIRA DE ARAUJO, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, como incurso no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal, à pena de 4 anos de reclusão, no regime semiaberto.

Interposta apelação pela defesa, foi dado parcial provimento ao recurso para reduzir a pena aplicada. O acórdão está assim ementado (e-STJ fls. 326/328):

> *APELAÇÃO-CRIME. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES.*
>
> *1. ÉDITO CONDENATÓRIO, MANUTENÇÃO. Prova amplamente incriminatória. Relatos seguros das vítimas, confirmando a subtração do veículo e dos demais pertences que estavam em seu interior, tendo uma delas afirmado que o réu e o comparsa abordaram-nas momentos antes, para cuidarem do veículo em troca de pagamento em dinheiro. Relatos vitimários corroborados pelos dizeres do policial militar judicialmente inquirido, referindo que abordou o inculpado e o comparsa em poder do veículo, com o qual haviam colidido, estando o acusado em poder da chave reserva do automóvel, motivo pelo qual restaram eles presos em flagrante delito. Presunção de autoria. Inversão do onus probandi. Palavra do policial militar que possui validade, não havendo qualquer indicação de que nutrisse espírito de emulação ou qualquer outro sentimento menos nobre em relação ao acusado, que descredibilizasse seu relato. Tese de defesa pessoal refutando a prática delitiva, negando as circunstâncias do flagrante, atribuindo falsa incriminação policial, que se mostrou incomprovada e inverossímil. Condenação que se impunha.*
>
> *2. QUALIFICADORA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. NÃO RECONHECIMENTO.*

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: 1F616407-EFC8-48EE-B044-1DA857FCDBA6

Não demonstrada de forma inconteste a destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, uma vez que, ausente exame pericial, pela rápida devolução do veículo às vítimas e, tendo sido o réu abordado em poder do veículo, com os vidros quebrados, após ter sofrido um acidente, não há prova de que tenha ele quebrado os vidros para ter acesso ao interior do automóvel. Policial Militar que, em seu depoimento, afirma que o acusado e o comparsa abriram o automóvel e fizeram uso da chave reserva, que estava no porta-luvas, sem qualquer menção à eventual quebra de vidros. Insuficiência probatória. Qualificadora afastada.

3. QUALIFICADORA. CONCURSO DE PESSOAS. Concurso de pessoas demonstrado pela prova oral coligida aos autos, evidenciando a ação conjunta do apelado e seu assecla igualmente relevantes ao êxito da empreitada criminosa. Coautoria configurada. Conjunção de vontades destinadas a um fim comum. Prescindibilidade da prova do prévio ajuste entre os agentes. Qualificadora reconhecida. Conduta social reclassificada para os lindes do art. 155, §4°, IV do CP, porque afastada a qualificadora do rompimento de obstáculo.

4. TENTATIVA. NÃO RECONHECIMENTO. DELITO CONSUMADO. A consumação do delito de furto, segundo entendimento jurisprudencial dominante, se dá no momento em que o agente torna-se possuidor da coisa alheia móvel subtraída, sendo prescindível até mesmo que a "res" saia da esfera de vigilância da vítima ou que o agente exerça a posse tranquila daquela. Teoria da Amotio ou da Apprehensio. Caso em que houve inversão da posse, o réu e seu comparsa presos em flagrante delito em local diverso do palco dos acontecimentos. Devolução apenas parcial da res, o réu e o comparsa logrando êxito na subtração do restante. Impossibilidade do reconhecimento da tentativa.

5. PENA. DOSIMETRIA. Pena-base fixada em 3 anos de reclusão pelo tisne conferido às vetoriais conduta social e circunstâncias do delito. Réu que, além de triplamente reincidente, registra outras 3 condenações definitivas e 1 provisória, todas por fatos posteriores, o que foi sopesado no vetor conduta social, pela sentenciante, sob o argumento de que "direcionada para o crime", de modo equivocado, porque esta diretriz diz com o papel que o imputado representa em sociedade, se tem família, estuda, trabalha etc., não tendo sido desabonada nos autos. Situação pessoal que serve perfeitamente a indicar, na verdade, personalidade voltada à prática de ilícitos, devendo mesmo refletir no apenamento basilar. Indivíduo que não pode receber tratamento penal idêntico àquele que nunca enveredou pelo caminho ilícito. Realoca-se a análise negativa à operadora correta, prestigiando a intenção judicial. Embora a magistrada singular não tenha atribuído tom desfavorável à moduladora personalidade, não há óbice para fazê-lo neste grau de jurisdição. Tribunal ad quem, que, em recurso exclusivo da defesa, está vinculado ao quantum de pena 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. Circunstâncias que não merecem valoração negativa, uma vez que afastada a qualificadora do rompimento de obstáculo, que havia sido sopesada na operadora.

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: 1F616407-EFC8-48EE-B044-1DA857FCDBA6

> *Afastado o desvalor que recaiu sobre a moduladora circunstâncias, mas remanescendo o tisne da vetorial personalidade, deve a pena-base ser reduzida proporcionalmente para 2 anos e 6 meses de reclusão. Na 2ª fase, mantido o incremento da pena em 1 ano pela tripla reincidência - considerando que as condenações definitivas registradas dizem com crimes patrimoniais. Pena provisória agora estabelecida em 3 anos e 6 meses, assim definitivada, ausentes outras causas modificadoras.*
>
> *6. REGIME. ALTERAÇÃO. DESCABIMENTO. Condições subjetivas altamente desfavoráveis do réu - tripla reincidência e personalidade inclinada à prática de ilícitos -, o que autoriza a imposição do regime imediatamente mais gravoso que aquele passível de fixação tão somente com base na quantidade de pena aplicada. Manutenção do regime semiaberto. Inteligência do art. art. 33, §§ 2º, "b" e "c", e § 3º, do CP. Súmula 269 do E. STJ.*
>
> *7. MULTA. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. O critério para fixação da pena pecuniária é o bifásico, isto é, a quantidade informada pelas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; a unidade, pela situação financeira do acusado. In casu, a pena de multa de 15 dias-multa, à razão unitária mínima, está de acordo com a análise das circunstâncias do art. 59 do CP, que não foi inteiramente favorável ao réu, e com suas parcas condições financeiras. Redução incabível.*
>
> *APELO PARCIALMENTE PROVIDO. AFASTADA A QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA OS LINDES DO ART. 155, §4º, IV DO CP. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE REDIMENSIONADA PARA 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES SENTENCIAIS; E A PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE 2º GRAU, DETERMINADA A ADOÇÃO, NA ORIGEM, DAS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS AO INÍCIO DA EXECUÇÃO DAS PENAS, TÃO LOGO ESGOTADA A JURISDIÇÃO ORDINÁRIA.*

Alega-se no recurso especial, a par da invocação de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 59 do Código Penal e ao art. 617 do Código de Processo Penal.

Assevera o recorrente que "*o órgão fracionário alterou a sentença ao excluir a vetorial Conduta Social e agregar novos fundamentos para o fim de determinar a valoração negativa da vetorial Personalidade* [...]" (e-STJ fl. 357). Prossegue aduzindo que "*a alteração de sentença ou outras decisões de mérito que possam implicar prejuízo ao réu, ora recorrente, pressupõe a existência de recurso da acusação, ao passo que resta evidente, portanto, que a interpretação vertida contraria o conteúdo normativo dos artigos 59 do Código Penal e 617 do Código de Processo Penal. Com efeito, no caso*

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: 1F616407-EFC8-48EE-B044-1DA857FCDBA6

dos autos, o órgão colegiado afastou a valoração negativa da vetorial Conduta Social, sem reduzir, entretanto, o apenamento imposto ao seu mínimo legal no que diz respeito a essa vetorial, sob o argumento de que, em verdade, existem elementos que autorizam alcançar valoração negativa ao vetor Personalidade, de modo que em razão disso estaria justificado o aumento da pena aplicada" (e-STJ fl. 358).

Requer, ao final, a redução da pena.

Contrarrazões às e-STJ fl. 377.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 400/405).

É, em síntese, o relatório.

Da leitura da sentença vê-se que as **circunstâncias** do crime e a **conduta social** foram valoradas negativamente, o que ensejou a fixação da pena-base em 3 anos de reclusão.

O Tribunal de origem, não obstante tenha afastado a avaliação desfavorável da conduta social, valeu-se dos fundamentos declinados pelo magistrado para o seu exame e os aplicou na personalidade. Confira-se (e-STJ fls. 342/343):

> *No caso concreto, conforme certidão de fls. 207/210, o réu, além de triplamente reincidente (o que foi sopesado pela sentenciante na 2ª etapa da dosimetria, como agravante), registra outras 3 condenações definitivas e 1 provisória, todas por fatos posteriores, o que foi sopesado no vetor conduta social, pela sentenciante, sob o argumento de que "direcionada para o crime", de modo equivocado, porque esta vetorial diz com o papel que o imputado representa em sociedade, se tem família, estuda, trabalha etc., não tendo sido desabonada nos autos.*
>
> *Tal situação pessoal serve perfeitamente a indicar personalidade voltada à prática de ilícitos, devendo mesmo refletir no apenamento basilar, porquanto não se afigura correto que aquele que ostenta já condenações definitivas e provisória receba o mesmo apenamento imposto àquele que ainda é neófito no mundo do crime.*
>
> *E não há dúvidas de que o histórico de crimes do agente deva repercutir no apenamento básico, de forma mais significativa, porque diz com as condições pessoais do autor do ilícito, situação a ser ponderada quando do exame das circunstâncias do art. 59 do CP. Está-se, com isso, dando concretude à correta individualização da pena, o art. 59 do CP estabelecendo critérios também subjetivos a tanto.*
>
> *No ponto, realoca-se a valoração negativa à operadora correta,*

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: 1F616407-EFC8-48EE-B044-1DA857FCDBA6

> *afastando a desfavorabilidade emprestada à vetorial conduta social, ao mesmo tempo em que se prestigia a intenção judicial de fazer repercutir no apenamento básico o fato de o agente possuir outras incursões na seara criminal.*
>
> *Vale registrar ainda que, mesmo que a moduladora personalidade não tenha recebido nota negativa pela decisora unipessoal, não há empecilho que assim o entenda este Órgão Fracionário, ex vi do art. 617 do CPP, uma vez que, em recurso exclusivo da defesa, está vinculado apenas ao quantum total do apenamento, e não aos argumentos e critérios lançados pela magistrada para chegar nele.*
>
> *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 ou sob outros fundamentos, porquanto as limitações havidas em recurso exclusivo da defesa dizem, tão somente, com o agravamento da sanção aplicada em 1º Grau.*

A leitura dos fundamentos acima transcritos me leva a crer que assiste razão ao recorrente.

Além de não poder ser considerada em desfavor do recorrente circunstância judicial que não foi alvo de recurso da acusação, sob pena de indevida *reformatio in pejus*, o Tribunal de origem, indevidamente, considerou condenações pretéritas para justificar a avaliação negativa da personalidade.

Ocorre que condenações não transitadas em julgado não se prestam para agravar a pena. E mais, as que já tiverem sido alcançadas pela coisa julgada somente podem ser utilizadas para caracterizar os maus antecedentes, e não a personalidade.

Nesse sentido:

> *EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DE MAUS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE COM BASE EM ANTECEDENTES CRIMINAIS. RÉU QUE OSTENTA APENAS UMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA E TRÊS PROCESSOS CRIMINAIS AINDA EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFRONTA À SÚMULA 444/STJ. DECOTE DA VETORIAL PERSONALIDADE.*
>
> *1. Nos termos do enunciado n. 444 da Súmula do STJ, "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".*
>
> *2. Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e*

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: 1F616407-EFC8-48EE-B044-1DA857FCDBA6

> *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 5ª e da 6ª 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 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).*
>
> *5. In casu, a condenação imposta ao recorrente aumentou sua pena-base acima do mínimo legal, valorando, indevidamente, tanto no delito de invasão de domicílio (150, § 1º, do Código Penal) quanto no de ameaça (art. 147, CP), sua personalidade com base em processos penais ainda em andamento.*
>
> *6. Extirpada a vetorial da personalidade, na primeira fase da dosimetria, remanescem ainda, em ambos os delitos, as vetoriais "antecedentes criminais" e "circunstâncias do crime" que justificam 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, dar parcial 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.* (EREsp 1.688.077/MS, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2019, DJe 28/08/2019.)

Assim, é necessário o refazimento da dosimetria da pena, observados os parâmetros estabelecidos na instância ordinária.

A pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 2 anos de reclusão.

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: 1F616407-EFC8-48EE-B044-1DA857FCDBA6

Aumenta-se em 1 ano em razão da agravante da reincidência, totalizando **3 anos de reclusão**, pena essa que torno definitiva em razão da ausência de causas de aumento ou de diminuição.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso para reduzir a pena aplicada nos termos acima delineados**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
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: 1F616407-EFC8-48EE-B044-1DA857FCDBA6