

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1632311 - ES
(2019/0369070-4)**

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : A P DA H (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. ART. 213 DO CP. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PENA BASILAR. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A questão acerca do afastamento dos maus antecedentes não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.

2. No presente caso, o magistrado considerou desfavoráveis ao recorrente a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade e as consequências do crime. A Corte de origem, por sua vez, apesar de excluir a culpabilidade, a personalidade e as consequências do crime e acrescentar como desfavorável as circunstâncias do crime, manteve inalterada a pena-base. Nesse ponto, inexistente a ocorrência de *reformatio in pejus*, porquanto o amplo efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal estadual, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e das circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, desde que não seja agravada a situação do réu, como ocorreu na espécie.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 13 de abril de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Relator

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.311 - ES
(2019/0369070-4)**

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : A P DA H (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por A P DA H (e-STJ fls. 267/276) contra decisão monocrática de e-STJ fls. 255/261, que conheceu do seu agravo para negar provimento ao recurso especial.

A parte agravante alega: (i) a ocorrência do prequestionamento acerca dos maus antecedentes ou, se assim não for o entendimento, a sua desnecessidade quanto ao ponto; (ii) a ocorrência da *reformatio in pejus*, uma vez que a Corte de origem, mesmo afastando a valoração de algumas circunstâncias judiciais negativadas, não reduziu a pena-base.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.311 - ES
(2019/0369070-4)**

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : A P DA H (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. ART. 213 DO CP. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PENA BASILAR. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A questão acerca do afastamento dos maus antecedentes não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.

2. No presente caso, o magistrado considerou desfavoráveis ao recorrente a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade e as consequências do crime. A Corte de origem, por sua vez, apesar de excluir a culpabilidade, a personalidade e as consequências do crime e acrescentar como desfavorável as circunstâncias do crime, manteve inalterada a pena-base. Nesse ponto, inexistente a ocorrência de *reformatio in pejus*, porquanto o amplo efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal estadual, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e das circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, desde que não seja agravada a situação do réu, como ocorreu na espécie.

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, dessume-se das razões recursais que a parte agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Primeiramente, a questão acerca do afastamento dos maus antecedentes não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.

Ademais, esta Corte Superior já decidiu *ser inadequada a pretensão de concessão de habeas corpus de ofício com intuito de superar, por via transversa, a inadmissão do recurso especial. Apenas quando verificada, pela mera leitura do acórdão e à luz da jurisprudência consolidada desta Corte, manifesta teratologia jurídica, a ensejar constrição a direito ambulatorial, é possível a incidência do art. 654, § 2º, do CPP, hipótese não verificada nestes autos.* (AgRg no REsp n. 1.410.824/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019)

No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, em relação às circunstâncias do crime, o recurso não merece acolhida.

Cumprir registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas e desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC n. 272.126/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp n. 1.383.921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC n. 297.450/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

O Tribunal *a quo*, ao rever a pena-base do recorrente, consignou (e-STJ fls. 188/189):

[...]

Na primeira fase, o juiz de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, qual seja 7 (sete) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em razão da elevada culpabilidade, dos maus antecedentes, da personalidade e das desfavoráveis consequências do delito.

Verifico que o magistrado a quo valorou de forma genérica a culpabilidade, a personalidade e as consequências do delito, o que tem sido expressamente vedado pelos Tribunais Superiores. (HC 434.936/PE, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TjJRM, julgado em 10/04/2018, DJe 16/04/2018).

Contudo, vislumbro que os antecedentes criminais do acusado são, de fato, maculados conforme se verifica no sítio eletrônico do TJ-ES (Guia de Execução nº 162345). Por fim, anoto que as circunstâncias do delito são desfavoráveis ao apelante, tendo em vista que o crime sexual foi praticado na residência da vítima, durante o período noturno, momento em que o ofendido estava dormindo.

[...]

Pela leitura do trecho acima, verifico que, da análise do art. 59 do CP, o magistrado considerou desfavoráveis ao recorrente a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade e as consequências do crime. A Corte de origem, por sua vez, apesar de excluir a culpabilidade, a personalidade e as consequências do crime e acrescentar como desfavorável as circunstâncias do crime, manteve inalterada a pena-base.

Nesse ponto, oportuno esclarecer que inexistente a ocorrência de *reformatio in pejus*, porquanto o amplo efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal estadual, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e das circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu, como ocorreu na espécie.

Nessa linha, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DESFAVORECIMENTO DAS VETORIAIS DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E DA CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE. MODUS OPERANDI DO DELITO QUE REVELA A SUA GRAVIDADE CONCRETA. DECOTE DO VETOR DAS CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REFERÊNCIAS VAGAS E EXPRESSÕES GENÉRICAS. ANTECEDENTES CRIMINAIS DO AGENTE CORRETAMENTE VALORADOS, EMBORA SOB INADEQUADO NOMEN JURIS. READEQUAÇÃO DO QUANTUM DE INCREMENTO PUNITIVO PARA 1/2 SOBRE O MÍNIMO LEGAL. AUMENTO DE 1/6 SOBRE O MÍNIMO LEGAL PARA CADA VETORIAL DESFAVORECIDA. RECOMENDAÇÃO JURISPRUDENCIAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

- O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal local, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação final do réu, vale dizer, que não seja elevada a sua reprimenda ou recrudescido o seu regime de cumprimento.

- Na hipótese, após os ajustes feitos pela instância a quo na motivação empregada para a exasperação da pena-base, o incremento punitivo foi aplicado em 2/3 sobre o mínimo legal, com fundamento no desfavorecimento das circunstâncias e consequências do crime e da conduta social e da personalidade do agente.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena definitiva do paciente ao novo patamar de 22 anos e 6 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 500.808/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 05/12/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 617, CAPUT, DO CPP; E 59 DO CP. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PENA BASILAR. EFEITO DEVOLUTIVO PLENO DA APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTUM DA PENA NÃO AGRAVADA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO. FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO E COLAÇÃO DE FUNDAMENTOS CONCRETOS.

1. Em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o efeito devolutivo pleno do recurso de apelação possibilita à Corte de origem, mesmo que em recurso exclusivo da defesa, a revisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como a alterar os fundamentos para justificar a manutenção ou a redução das reprimendas ou do regime inicial; não sendo o caso de apontar reformatio in pejus se a situação do recorrente não foi agravada, como no caso sob análise, em que a pena definitiva imposta na sentença foi preservada.

2. Este Sodalício possui o entendimento de que, em razão do efeito amplamente devolutivo da apelação, pode o tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, apresentar nova fundamentação, desde que não seja agravada a situação do recorrente (AgRg no HC n.

499.041/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/7/2019).

3. A jurisprudência de ambas as Turmas da Terceira Seção deste Sodalício é firme no sentido de que o Tribunal de origem, ainda que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, pode valer-se de fundamentos diversos dos constantes da sentença para se manifestar acerca da operação dosimétrica e do regime inicial fixado para o cumprimento da pena, para examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, desde que não haja agravamento da situação final do réu e que sejam observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na incoativa (AgRg no HC n. 437.108/ES, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 1º/7/2019).

4. Em razão da discricionariedade inerente aos juízos ordinários na valoração das circunstâncias judiciais e, notadamente, com suporte na concretude dos fundamentos apresentados para a manutenção da exasperação perpetrada, qual seja: culpabilidade acima da média, ante o excesso de velocidade, e gravidade das relatadas consequências do crime, preserva-se a fração de exasperação da pena-base dosada pelas instâncias ordinárias.

5. Na primeira fase da dosimetria da pena, o julgador, fazendo uso de sua discricionariedade juridicamente vinculada, deve considerar as particularidades do caso concreto, à luz do art. 59 do Código Penal - CP e do princípio da proporcionalidade. A esta Corte, cabe apenas o controle da legalidade dos critérios adotados, bem como à correção de frações discrepantes. Na hipótese em análise, a fundamentação apresentada pelas

Superior Tribunal de Justiça

instâncias ordinárias, quanto à conduta social do paciente e as circunstâncias do crime, mostra-se idônea, baseada em elementos concretos, cuja avaliação está situada no campo da discricionariedade do julgador (AgRg no HC n. 291.488/MS, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 18/12/2018).

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1808773/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 19/09/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA.

[...]

2- No caso, todavia, o recorrente foi condenado porque, no dia 28/11/2015, tentou subtrair para si, mediante arrombamento de porta de vidro, uma caixa registradora avaliada em R\$ 500,00 (quinhentos reais), com o valor em espécie de R\$ 40,00 (quarenta reais), aproximadamente 70% (setenta por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos, valor que, nos termos da jurisprudência desta Corte, não se apresenta insignificante.

3 - Ademais, o furto foi praticado mediante arrombamento de uma porta de vidro, e o acusado ostenta várias condenações definitivas anteriores por delitos patrimoniais, circunstâncias que obstam, igualmente, a aplicação do princípio da insignificância.

4 - Em recurso exclusivo da defesa, não pode o Tribunal, quando do seu julgamento, agravar a situação do acusado, sob pena de indevida reformatio in pejus.

5 - No caso, contudo, a apelação foi parcialmente provida "para afastar a prejudicialidade da moduladora referente às consequências do delito, mantendo-se, no entanto, inalterada a dosimetria da pena, porquanto proporcionalmente valorada", não havendo que se falar em reformatio in pejus.

6 - Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 1.226.752/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/2/2018, DJe 9/3/2018)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. APELO EXCLUSIVO DA DEFESA. AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. MANUTENÇÃO DA EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE COM BASE NOS VETORES REMANESCENTES. MAUS ANTECEDENTES E QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria

Superior Tribunal de Justiça

fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da reformatio in pejus, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu. Precedentes.

3. Não há ilegalidade na decisão do Tribunal origem que, ao afastar a valoração negativa feita, em primeiro grau, das consequências do delito, mantém a pena majorada em um ano de reclusão, pela aferição desfavorável dos antecedentes, da quantidade e da natureza da droga apreendida (19 gramas de crack), atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 424.049/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

Salienta-se, quanto às circunstâncias do crime, que esta foi desvalorada, em razão do crime sexual ter sido praticado na residência da vítima, durante o período noturno, momento em que a ofendida estava dormindo, ultrapassando a normalidade do delito, o que justifica o maior desvalor da conduta, motivo pelo qual pode ser sopesado, pois aponta para maior reprovabilidade.

Dessa forma, respeitando a discricionariedade vinculada do julgador, deve ser mantida a pena-base aplicada, pois proporcional à gravidade concreta do crime e à variação das penas abstratamente cominadas ao tipo penal violado, devendo permanecer inalterada a reprimenda do envolvido.

Sendo assim, o inconformismo não merece prosperar.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no AREsp 1.632.311 / ES

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2019/036907-04

Número de Origem:

00205985020138080024 024130188105 024130188105201901529969 24130188105 24130188105201901529969
2416121729879

Sessão Virtual de 07/04/2020 a 13/04/2020

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : A P DA H (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO : ESTUPROCRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - ESTUPRO DIREITO PENAL -
ESTUPROCRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - ESTUPRO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : A P DA H (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 14 de abril de 2020