RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.934 - DF (2019/0037067-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	MARCELO LIMA GOMES (PRESO)
ADVOGADOS	:	VINÍCIUS RODRIGUES AROUCK FERREIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) - DF043173 NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DO UNICEUB
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MARCELO LIMA GOMES, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Terrritórios, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 242):

> *PENAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DOSIMETRIA DA PENA.*
>
> *Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a prova pericial é imprescindível para a caracterização da qualificadora do rompimento de obstáculo no crime de furto, quando a infração penal deixa vestígios (art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal).*
>
> *Condenações por fatos anteriores ao crime sob julgamento, transitadas em julgado até a data da sentença, servem de fundamento para a valoração negativa da conduta social e da personalidade.*
>
> *Apelo provido em parte.*

Nas razões do recurso especial, alega a parte recorrente violação dos artigos 59 e 68 do CP. Sustenta a redução da pena-base no mínimo legal, uma vez que não houve fundamentação idônea para sua exasperação em relação ao desvalor da personalidade e da conduta social.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 273/276), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 278/279), manifestando-se o Ministério Público Federal, nesta instância, pelo não provimento do recurso especial (e-STJ fls. 290/297).

É o relatório. **Decido**.

O recurso merece acolhida.

Sustenta a parte recorrente redução da pena-base no mínimo legal, uma vez que não houve fundamentação idônea para sua exasperação em relação ao desvalor da personalidade e da conduta social.

O juízo sentenciante, ao fixar a pena-base, desvalorou a personalidade e a conduta social. Ressaltou que, *considerando o teor da FAP juntada aos autos (fls. 61/85v e 138/139v), entende-se que o réu não é detentor de maus antecedentes, uma vez que, embora ostente quatro condenações penais por sentenças transitadas cm julgado, referidas condenaçõe serão devidamente ponderadas na análise da conduta social e da personalidade, notadamente ao se observar que possuem data de trânsito em julgado posterior ã data dos fatos* (e-STJ fl. 189).

O Tribunal *a quo*, ao analisar a pena-base fixada na sentença, consignou (e-STJ fls. 246/247):

> *Passo à análise da dosimetria da pena.*
>
> *O furto em tela permanece qualificado, pois apesar do afastamento da qualificadora referente ao rompimento de obstáculo, tem-se a presença da escalada, a qual figurará como qualificadora e não mais como circunstância negativa do delito.*
>
> *Correta a valoração negativa da conduta social e da personalidade, com base em condenações definitivas por fatos anteriores, com trânsito em julgado anterior à sentença destes autos (fls. 70v, 78/79 e 82/83). A negativação da personalidade também foi realizada com base em condenação definitiva por fato posterior (fl. 85v), o que é motivação idônea, pois o trânsito em julgado ocorreu igualmente antes da sentença destes autos. De qualquer modo, a condenação de fls. 78/79, por si só, já justifica a valoração negativa da personalidade.*
>
> *Em relação ao aumento da pena para cada circunstância judicial desfavorável, não deve extrapolar a fração de 1/8 (um oitavo) da diferença entre a pena máxima e a mínima prevista no tipo penal, limite definido pela jurisprudência.*
>
> *Assim, desfavoráveis a conduta social e a personalidade, observada a referida fração de 1/8, reduzo a pena-base para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão pelo crime de furto.*

No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre 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.

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, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC 272.126/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC 297.450/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

No presente caso, a Corte de origem sopesou a pena-base com fundamento no desvalor da conduta social e da personalidade, baseada na existência de condenações transitadas em julgado.

Ora, tal entendimento encontra-se contrário à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, no sentido de que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social como inadequada.

Nessa linha, os seguintes julgados:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (DUAS VEZES). ABSORÇÃO DAS CONDUTAS DE POSSE DE ARMAMENTO PELA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, IV, DA LEI N. 11.343/2006.*

IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AUMENTO DAS PENAS-BASES. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE E DO MATERIAL BÉLICO. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. INADMISSIBILIDADE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CARACTERIZADA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA IGUALMENTE PREPONDERANTE À AGRAVANTE DO ART. 61, I, DO CÓDIGO PENAL. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao alterar seu posicionamento sobre o tema, tem decidido ser 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).

[...]

12. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas-bases dos delitos de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de uso restrito, bem como para compensar integralmente a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência com relação ao delito do art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, ficando a sanção definitiva em 17 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 843 dias-multa, mantido o regime inicial fechado. (HC 304.411/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 10/05/2018)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO TENTADO (ART. 157, CAPUT, C.C. COM O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. AÇÕES PENAIS DEFINITIVAS. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

4. A jurisprudência deste Sodalício "decidiu que é 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), o que impõe o decote das circunstâncias em apreço.

[...]

2. Agravo regimental a que se nega provimento, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto. (AgRg no AgRg no AREsp 719.844/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 23/03/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS TRANSITADAS EM JULGADO. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. READEQUAÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231 DO STJ. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, e, no caso de majoração da pena-base, o Juiz sentenciante deve efetuar a dosimetria da pena "atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima". Em recente julgado, a Quinta Turma deste Sodalício deixou consignado que condenações pretéritas, ainda que transitadas em julgado, não constituem fundamentos idôneos a desabonar a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 05/04/2017). Na hipótese, constata-se que a Corte estadual manteve a majoração da pena-base com fundamento em apenas uma circunstância desfavorável, qual seja, a conduta social, consignando que existia, em desfavor do réu, sentença condenatória com trânsito em julgado. Dessa forma, a pena-base deve ser redimensionada ao mínimo legal, sendo fixada em 4 anos de reclusão e 10 dias-multas.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão e ao pagamento de 13 dias-multas, bem como para fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda. (HC 418.460/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017)

Dessa forma, deve ser excluído da pena-base do crime o desvalor da personalidade do agente e da conduta social.

Passo a refazer a dosimetria da pena do acusado, mantidos os critérios da Corte de origem.

Na primeira fase, não havendo circunstâncias judiciais negativas, fixo a pena-base no mínimo legal de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda fase, mesmo havendo a atenuante da confissão, esta não será aplicada, em razão da incidência da Súmula n. 231/STJ. Na terceira fase, em razão da incidência do art. 155, §1º, do CP, majoro a reprimenda em 1/3, ficando em 2 anos e 8 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Diante do concurso formal de crimes (art. 70), levando em consideração a quantidade de crimes cometidos (dois), aplica-se o aumento de 1/6 sobre uma das penas, porque iguais, tornado a reprimenda corporal definitiva em 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 15 dias-multa.

No que tange ao regime de pena, embora estabelecida a pena definitiva menor que 4 anos, o acusado possui condenações transitadas em julgado, o que justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, e a impossibilidade da substituição da pena.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso V, alínea "a", do CPC, e no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, **dou provimento** ao recurso especial, para redimensionar a pena do recorrente para 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 15 dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator