AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.920 - DF (2018/0347523-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	J A M
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por J A M contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que inadmitiu o seu apelo nobre.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 4 meses de detenção e 1 mês e 25 dias de prisão simples, em regime inicial aberto, como incurso nas sanções dos artigos 147 do Código Penal e 21 da Lei das Contravenções Penais, na forma do artigo 5º, inciso III, da Lei n. 11.340/06.

Inconformada, a defesa apelou perante a Corte local, a qual negou provimento ao recurso, mantendo os termos do édito condenatório.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Em recurso especial interposto com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, a parte aduziu violação aos artigos 59, *caput* e inciso II e 64, inciso I, ambos do CP, pleiteando o afastamento da valoração negativa dos antecedentes e sustentando a desproporcionalidade do patamar de aumento operado tanto na primeira quanto na segunda fases da dosimetria.

O apelo nobre não foi admitido na origem, ensejando a presente insurgência, na qual o agravante alega que os óbices indicados na decisão objurgada não incidiriam na espécie.

Requer o provimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o recurso especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento da insurgência.

É o relatório.

A par dos fundamentos declinados pelo Tribunal de origem por ocasião do juízo de admissibilidade ali realizado, constata-se que o recurso especial interposto merece parcial provimento.

Inicialmente, no tocante à alegada impossibilidade da consideração desfavorável dos antecedentes do réu, porque transcorrido o período depurador quinquenal, observa-se que a matéria não foi analisada pela Corte *a quo*, carecendo o tema do indispensável prequestionamento.

Dessa forma, não tendo sido a questão trazida no apelo nobre invocada no momento oportuno na instância ordinária, mostra-se inviável sua análise nesta via especial, ante o óbice das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS PRATICADO PELO LÍDER DO TRÁFICO NA FAVELA DA ROCINHA.*

> *ASSERTIVA DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DETERMINOU O INTERROGATÓRIO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ALEGAÇÃO DE PREVENÇÃO DA 32ª VARA CRIMINAL PARA O JULGAMENTO DO FEITO E OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM, POR SUPOSTO JULGAMENTO DOS MESMOS FATOS POR DUAS VEZES. REVOLVIMENTO DAS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS. NECESSIDADE. MAJORAÇÃO DA PENA. VALIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> ***1. A assertiva de que o interrogatório do réu realizado por meio de videoconferência não estava fundamentado não foi objeto de debate e discussão pelo Tribunal a quo, e sequer foi alegada nos embargos declaratórios opostos. Carece, assim, a matéria, portanto, do adequado e indispensável prequestionamento, motivo pelo qual incidentes, por analogia, as Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal - STF.***
> *[…]*
> *(AgRg no REsp 1603122/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019)*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 155 E 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.os 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REEXAME DO CONTEÚDO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. VERBETE SUMULAR N.° 07 DESTA CORTE SUPERIOR. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 12 DA LEI N.º 12.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. COMPROVAÇÃO DO POTENCIAL LESIVO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE CALCADA NA QUANTIDADE DE ARMAS E MUNIÇÕES. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> ***1. A suposta ofensa aos arts. 155 e 156 do Código de Processo Penal não foi analisada pelo Tribunal a quo, nem foi objeto dos embargos declaratórios opostos, carecendo o tema do indispensável prequestionamento e atraindo à espécie os enunciados n.os 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.***
> *[…]*
> *(AgRg no AREsp 1341597/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 04/12/2018)*

No que diz respeito à aventada ilegalidade na dosimetria, a Corte distrital, ao manter a exasperação operada pelo Togado de piso, assim se manifestou, *verbis*:

> *"DOSIMETRIA*
> *A Defesa não apresentou recurso no tocante à dosimetria da pena; de toda sorte, face ao efeito devolutivo amplo do apelo defensivo na seara penal, passa-se ao seu exame.*
> *<u>Ameaça</u>*
> *Na <u>primeira fase</u>, o Magistrado sentenciante considerou*

em desfavor do réu os seus antecedentes criminais, conforme certidões de fls. 211 e 214, fixando a pena-base em 2 (dois) meses de detenção. Nada a reparar.
Na segunda fase, ausentes atenuantes, mas presentes as agravantes do art. 61, incisos I e II, alínea "f", do Código Penal (reincidência e violência doméstica), a pena foi exasperada, sendo a pena intermediária estabelecida em 4 (quatro) meses de detenção. Sem reparos.
Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e de aumento, a reprimenda se conservou. Irreparável.
Vias de fato
Na primeira fase, o Magistrado sentenciante considerou em desfavor do réu os seus antecedentes criminais, conforme certidões de fls. 211 e 214, fixando a pena-base em 25 (vinte e cinco) dias de prisão simples. Nada a reparar.
Na segunda fase, ausentes atenuantes, mas presentes as agravantes do art. 61, incisos I e II, alínea "f", do Código Penal (reincidência e violência doméstica), a pena foi exasperada, sendo a pena intermediária estabelecida em 1 (um) mês e 25 (vinte e cinco) dias de prisão simples. Sem reparos.
Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e de aumento, a reprimenda se conservou. Irreparável.
Unificação das penas
Tratando-se de infrações penais cometidas mediante concurso material, nos termos do art. 69 do Código Penal, correta a soma das reprimendas, ficando o réu definitivamente condenado a 4 (quatro) meses de detenção e 1 (um) mês e 25 (vinte e cinco) dias de prisão simples." (e-STJ, fls. 340/341)

E, no julgamento dos aclaratórios, asseverou:

"[...] a alegação defensiva de que o recrudescimento da pena na primeira e na segunda etapa da dosimetria da pena deveria ser adstrito a 1/6 (um sexto) da pena mínima não se reveste de fundamento legal.
Com efeito, o Magistrado, ao efetuar a dosimetria, possui discricionariedade vinculada, pois deve observar as penas aplicáveis dentre as cominadas, assim como a quantidade aplicável, dentro dos limites previstos (artigo 59, incisos I e II, do Código Penal), e decidir, dentro das balizas fixadas pela lei, a quantidade necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, com fundamento nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.
[...]
Portanto, não há qualquer omissão a ser sanada no

> *acórdão objurgado, pois analisou a dosimetria realizada pelo Juiz sentenciante e atestou sua irreparabilidade, uma vez que as valorações negativas das circunstâncias judiciais e agravantes encontram-se escorreitas e os aumentos correspondentes, fixados discricionariamente pelo Magistrado, encontram-se razoáveis e proporcionais."* (e-STJ, fls. 383/384)

Da leitura dos excertos transcritos verifica-se que as instâncias ordinárias, considerando a existência de maus antecedentes, elevaram a sanção inicial no dobro do mínimo legal para o crime de ameaça e a exasperaram em 2/3 (dois terços) com relação à contravenção penal de vias de fato.

Acerca da aplicação da pena-base, cumpre destacar que este é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Desse modo, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

Ressalte-se que, na fixação da pena-base, a ponderação das circunstâncias judiciais não constitui uma operação aritmética, mas sim, como afirmado anteriormente, um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Juízo competente eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

Nos termos de entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a revisão da dosimetria da pena em sede de recurso especial é admissível apenas diante de ilegalidade flagrante.

E a jurisprudência deste Sodalício firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 (um sexto) para cada vetor desfavorável, exceto quando houver fundamentação concreta que justifique o aumento em patamar superior, o que não ocorre na espécie.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO SIMPLES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE CONTUMAZ NA PRÁTICA DE DELITOS. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO ÍNFIMO. RELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. DESPROPORCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, AINDA QUE ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[…]
4. É certo que 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, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. In casu, a Corte de origem asseverou que além da condenação utilizada para caracterizar a reincidência (Processo n. 0036989-42.2009.8.26.0405), o réu possui outra condenação transitada em julgado (Processo n. 00038993-23.2007.8.26.0405), a qual foi utilizada como maus antecedentes, o que justifica o aumento da pena-base no mínimo legal. No entanto, haja vista a existência de uma única circunstância judicial valorada negativamente, o aumento da pena base no dobro do mínimo legal revela-se desproporcional.
5. Presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 da reprimenda mínima, em situações nas quais não há fundamentação específica que justifique a necessidade de elevação superior a esse patamar.
[…]
(HC 436.918/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 04/04/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. UMA VETORIAL NEGATIVA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO. NECESSIDADE.
1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (AgRg no AREsp n. 1.168.233/ES, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 16/11/2018). Para um aumento superior, é necessária fundamentação idônea, inexistente, no caso.
2. Agravo regimental improvido.
(AgRg no HC 469.650/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 07/03/2019)

Na hipótese em apreço, embora tenha sido apresentado fundamento idôneo a justificar a elevação da reprimenda básica, o aumento de 1 mês para o crime de ameaça e de 10 dias para a contravenção penal, em razão da presença de uma circunstância judicial desfavorável, foi fixado sem motivação concreta, sendo manifesta a desproporcionalidade da elevação operada.

Assim, o recurso deve ser provido neste ponto, para aplicar a fração de 1/6 (um sexto) na primeira fase da dosimetria da pena, tanto para o delito do artigo 147 do CP quanto para a contravenção prevista no artigo 21 do Decreto-Lei n. 3.688/41.

Outrossim, na segunda etapa, ante o reconhecimento das agravantes do artigo 61, incisos I e II, *f*, do CP, a sanção da ameaça foi elevada em 2 meses e a da contravenção em 1 mês.

De acordo com a doutrina, *"Ponto relevante, que merece abordagem*

preliminar, refere-se ao quantum das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina dever ser a pena atenuada, porém sem qualquer menção ao montante" (NUCCI, Guilherme de Souza, Individualização da Pena, 3ª ed., RT:SP, 2009, p. 212).

Não obstante o entendimento doutrinário majoritário sobre o tema haver se firmado no sentido de que o aumento por cada agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 (um sexto) da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado, este Superior Tribunal tem orientado no sentido de que o patamar de acréscimo pela circunstância agravante deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

Nessa direção:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. QUANTUM DE AUMENTO. AGRAVANTES GENÉRICAS. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Destarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.*
> ***2. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.***
> *3. Mantida a incidência de duas agravantes (CP, art. 61, II, "d" e "h"), o aumento da pena em 2/6 é de rigor, não sendo razoável a redução do aumento a 1/6, patamar cabível caso fosse reconhecida apenas uma circunstância legal desabonadora (Precedentes).*
> *4. Agravo regimental não provido.*
> *(AgRg no AREsp 1221591/PI, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)*
>
> *HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAPUT DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES, QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FRAÇÃO DE 1/5 (UM QUINTO). POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO.*

> *DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.*
> *[…]*
> ***6. Segundo a jurisprudência do STJ, embora não fixado pelo Código Penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6 (um sexto). Não obstante, pode ser fixado patamar superior mediante fundamentação concreta e específica para justificar o incremento em maior extensão. Precedentes.***
> *7. Ordem de habeas corpus denegada.*
> *(HC 467.992/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 08/11/2018)*

Da análise dos autos infere-se que as instâncias de origem elevaram as penas intermediárias sem apresentar fundamentação suficiente da escolha dos patamares de elevação, devendo ser aplicada a fração de 1/6 para cada circunstância agravante, tanto com relação ao crime de ameaça quanto no que se refere à contravenção penal das vias de fato.

Procedendo-se à nova dosimetria, tem-se que as sanções básicas restaram estabelecidas, nos termos da decisão ora exarada, em 1 mês e 5 dias de detenção para o delito do artigo 147 do CP, e em 17 dias de prisão simples para a contravenção prevista no artigo 21 do Decreto-Lei n. 3.688/41.

Na segunda etapa, ante a reincidência e o crime ter sido praticado contra mulher em relação doméstica, aumentam-se as penas em 1/6 para cada agravante, as quais alcançam o patamar de 1 mês e 16 dias de detenção e 22 dias de prisão simples, respectivamente, tornando-se definitivas à mingua de demais causas modificadoras.

Em razão do concurso material de crimes, somam-se as reprimendas, que resultam na pena definitiva de 1 mês e 16 dias de detenção e 22 dias de prisão simples, em modo aberto.

Por tais razões, nos termos do artigo 253, parágrafo único, inciso II, *c*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conhece-se do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nesta extensão, dar-lhe provimento, a fim de redimensionar a reprimenda total do agravante para 1 mês e 16 dias de detenção e 22 dias de prisão simples, em regime inicial aberto, mantidos os demais termos do édito condenatório.

Publique-se. Intimem-se.
Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 05 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator