AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.438.462 - SP (2019/0030640-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	J B C F
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO VINICIUS STOPPA CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO - SP320632
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **J. B. C. F.** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 59, II, e 65, III, *d*, do Código Penal.

Defende a possibilidade de se afastar a vetorial atinente aos maus antecedentes da fixação da pena-base, uma vez que as condenações consideradas para aumento da referida pena já se extinguiram há mais de cinco anos. Tal exclusão fundamenta-se, na aplicação analógica ao que está disposto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, que trata do efeito depurador da reincidência.

Aduz que a atenuante da confissão prepondera sobre a agravante da reincidência, razão pela qual deveria ter sido compensada integralmente. Alega que "no caso concreto a manutenção do agravamento em um sexto revela a inexistência de preponderância da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência, senão sua mera compensação" (e-STJ, fl. 316). Dessa forma, requer a redução do agravamento da pena na segunda fase da dosimetria para 1/12 (um doze avos).

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 334-355).

O recurso não foi admitido com fundamento na incidência da Súmula 83 do STJ (e-STJ, fls. 381-383). Daí este agravo (e-STJ, fls. 393-396).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 434-437).

É o relatório.

Decido.

Sobre os temas controvertidos expostos nas razões do recurso especial, o Tribunal *a quo* assim se manifestou:

> "Inviável o acolhimento do pleito de afastamento do aumento da pena-base por terem sido estas condenações atingidas pelo período depurador ao passo que, conforme clara redação do art. 64, inciso I, do Código Penal, destina-se o descarte das condenações abrangidas pelas circunstâncias descritas no dispositivo tão só para efeito de reincidência, não para os efeitos de maus antecedentes.
> Na segunda fase, observado pelo d. Juízo que o réu apresenta duas condenações aptas a serem consideradas a título de reincidência (fls. 117 e 213) e reconhecida a ocorrência da confissão espontânea, efetuou ele a compensação da confissão com uma das condenações e majorou a pena em 1/6 pela outra condenação, resultando na pena de 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 12 dias -multa, o que

> se mostra corretamente dosado.
> Isto porque, efetuar a compensação integral, no específico caso dos autos, violaria o princípio da individualização da pena pois seria o apelante beneficiado ao ser comparado aos condenados confessos e possuidores de apenas uma condenação apta a gerar reincidência.
> Veja-se que ao persistir no ataque criminoso ao patrimônio alheio e diante das duas condenações definitivas aptas a serem consideradas nesta fase, a não compensação integral das circunstâncias se mostra adequada na segunda etapa do cálculo.
> Nesse sentido:
>
> > "4. O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redunda em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria.
> > Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade." (HC 346.941/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017)." (e-STJ, fls. 291-292).

Como é cediço, 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.

Este Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que condenações criminais anteriores com mais de cinco anos de extinção da pena, embora não tenham o condão de gerar reincidência, podem ser sopesadas, no momento da fixação da pena-base, para dosar a reprimenda, a título de maus antecedentes.

No mesmo sentido, confira-se:

> "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO. MAIS DE CINCO ANOS. PERÍODO DEPURATIVO. UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVAR OS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO REDUTOR. DEMAIS PLEITOS PREJUDICADOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. **'Segundo entendimento desta Corte, o período depurador de cinco anos afasta a reincidência, mas não retira os maus antecedentes' (HC 281.051/MS, minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 28/11/2013).**
> 2. A existência de maus antecedentes justifica a negativa da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §

> 4º, da Lei n. 11.343/06.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (AgRg no AREsp 912.007/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016 – grifou-se).

No que tange à insurgência recursal quanto ao cálculo na segunda fase da dosimetria da pena, tem-se que no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

Posteriormente, em 11/10/2017, a Terceira Seção, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, reafirmou o entendimento, no sentido de que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea. Ponderou, todavia, que nos casos em que o réu for multirreincidente, **deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.**

A fim de corroborar o referido entendimento, trago à colação os seguintes julgados:

> "[...]
> 4. No que toca à compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, tem-se que a Terceira Seção do STJ, em 23/05/2012, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento segundo o qual a citada atenuante, na medida em que compreende a personalidade do agente, é igualmente preponderante à agravante da reincidência, devendo, assim, serem compensadas.
> 5. Entretanto, não é devida a compensação integral entre a confissão e a reincidência quando a recidiva do agente for numerosa, por evidenciar maior reprovabilidade.
> 6. Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda do paciente a 8 anos e 4 meses de reclusão e 20 dias-multa."
> (HC 396.503/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017).

> "[...]
> **III - Conforme o entendimento consolidado pela Terceira Seção desta eg. Corte, muito embora se reconheça a compensação da confissão espontânea com a reincidência, em se tratando de réu multirreincidente, a compensação integral implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, mormente porque a multirreincidência exige maior reprovação, devendo, pois, prevalecer sobre a atenuante.**
> Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no AREsp 585.654/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016, grifou-se).

Portanto, atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade a compensação parcial da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, com o incremento da reprimenda em 1/6, considerado que foram 2 condenações com trânsito em julgado. Assim, irretocável o cálculo dosimétrico efetuado pelo Juízo sentenciante.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço** do agravo, para **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator