AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.448.573 - MG (2019/0047387-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	WELLITON NAZARÉ DA SILVA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu o recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o agravante foi condenado, em primeira instância, à pena de 7 meses de detenção, em regime inicial aberto, como incurso nas sanções do art. 21 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), por duas vezes, e nos arts. 129, § 9º, e 147, na forma do art. 69, todos do Código Penal (lesão corporal agravada por violência doméstica e ameaça, em concurso material).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da defesa para reduzir as penas do recorrente para 04 meses e 14 dias de detenção e 01 mês e 02 dias de prisão simples, no regime inicial aberto e modificar a pena de reclusão para a de detenção, em relação ao crime de ameaça. Eis a ementa do julgado (fl. 217):

> *APELAÇÃO - VIAS DE FATO, AMEAÇA E LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO - PRELIMINAR: NULIDADE - AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA PREVISTA NO ART. 16 DA LEI 11.340/06 - PRESCINDIBILIDADE - MÉRITO: PENA-BASE - ANTECEDENTES - EXASPERAÇÃO - JUSTIÇA GRATUITA - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO A EXECUÇÃO.*
>
> *1 - A audiência prevista no art.16 da Lei 11.343/06 somente é imprescindível quando houver, antes do recebimento da Denúncia, o expresso desinteresse no prosseguimento da Ação Penal.*
>
> *2 - Os Antecedentes Criminais desfavoráveis autorizam a exasperação da Pena - base.*
>
> *3 - A concessão dos benefícios da justiça gratuita, e consequente sobrestamento da exigibilidade do pagamento de custas processuais, é matéria afeta ao Juízo da Execução Penal.*

Opostos embargos de declaração, pela defesa, foram rejeitados nos termos do acórdão de fls. 236/241, assim ementado:

> *CRIMINAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OBSCURIDADE - INOCORRÊNCIA - REDISCUSSÃO DE MATÉRIA - INVIABILIDADE.*
>
> *Os embargos de declaração não se prestam à modificação do julgado ou à rediscussão de matéria já decidida, porquanto vinculados à existência de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão (art. 619 do CPP), salvo em hipótese de notório erro material ou manifesto equivoco no julgamento.*

Diante disso, a defesa interpôs recurso especial alegando violação ao art. 59, *caput*, do Código Penal. Sustenta ausência de fundamentação idônea para a valoração negativa dos antecedentes, porquanto, uma das condenações transitada em julgado foi utilizada para agravar a pena pela reincidência e as outras duas remanescentes transitaram em julgado posteriormente aos fatos apurados nos presentes autos. Invoca o Enunciado de n. 444 da Súmula do STJ. Requer seja conhecido e provimento do recurso especial para reduzir a pena-base aplicada ao recorrente.

Contrarrazões às fls. 256/262.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial, em virtude da incidência da Súmula n. 7/STJ (fls. 264/266).

No presente agravo, a defesa repisou os argumentos do recurso especial e impugnou o fundamento da decisão agravada (fls. 269/276).

Contraminuta às fls. 279/280.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do agravo (fls. 292/293).

É o relatório. Decido.

Atendidos os requisitos de admissibilidade e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

Passo à análise do recurso especial.

O voto condutor assim se posicionou quanto à controvérsia, no que importa, *verbis* (fls. 221/232):

> *- Da Dosimetria das Penas*
> *a) Da Redução da Pena-Base*
> *A Defesa do Apelante requer a redução das penas-base ao*

patamar mínimo legal, em relação aos três delitos (art.21 da LCP, art.147 e art.129, §9°, do CP) em que Welliton Nazaré da Silva fora condenado, ao argumento de que as Circunstâncias Judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal teriam sido indevidamente maculadas na r. sentença de Primeiro Grau.

Parcial razão lhe assiste.

- Da Contravenção Penal de Vias de Fato (perpetrada no dia 21.06.2014)

Na primeira fase verifica-se que após análise das Circunstâncias Judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, os Antecedentes e os Motivos da Contravenção Penal foram aferidas desfavoravelmente ao Apelante, motivo pelo qual a pena-base foi fixada, em Primeira Instância, no importe de 01 (um) mês de prisão simples.

In casu, verifica-se que o Apelante possui Antecedentes Criminais, porquanto ostenta duas condenações criminais com trânsito em julgado, das quais uma deve ser considerada para a aferição desfavorável da referida Circunstância Judicial (Antecedentes), enquanto a outra deve ser reservada para a segunda etapa de dosagem, enquanto Agravante de Reincidência (art.61, I, do CP).

No entanto, os Motivos não extrapolaram aqueles normais à espécie, razão pela qual devem ser aferidos favoravelmente ao Apelante.

Dessa forma, sendo apenas os Antecedentes desfavoráveis ao Apelante, deve a pena-base ser reduzida ao importe de 16 (dezesseis) dias de prisão simples, o que corresponde à exasperação, por esta Instância Revisora, na fração de 1/8 (um oitavo), quantum necessário à reprovação e prevenção do delito, a teor do que dispõe o art.59 do Código Penal.

Na segunda fase, reconhecida a Atenuante de Confissão Espontânea e a Agravante de Reincidência, mantém-se a compensação entre ambas, realizada em Primeiro Grau, ficando a pena intermediária fixada em 16 (dezesseis) dias de prisão simples.

Na terceira e última fase à míngua de Causas de Diminuição ou de Aumento de Penas, fica a reprimenda concretizada em 16 (dezesseis) dias de prisão simples.

- Da Contravenção Penal de Vias de Fato (perpetrada no dia 13.07.2014)

Na primeira fase, verifica-se que após análise das Circunstâncias Judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, os Antecedentes e os Motivos da Contravenção Penal foram aferidos desfavoravelmente ao Apelante, motivo pelo qual a pena-base foi fixada, em Primeira Instância, no importe de 01 (um) mês de prisão simples.

In casu, verifica-se que o Apelante possui Antecedentes Criminais, porquanto ostenta duas condenações criminais com trânsito em julgado, das quais uma deve ser considerada para a aferição desfavorável da referida Circunstância Judicial (Antecedentes), enquanto a outra deve ser reservada para a segunda etapa de dosagem, enquanto Agravante de Reincidência (art.61, I, do CP)

No entanto, os Motivos não extrapolaram aqueles normais à espécie, razão pela qual devem ser aferidos favoravelmente ao Apelante.

Dessa forma, sendo apenas os Antecedentes desfavoráveis ao Apelante, deve a pena-base ser reduzida ao importe de 16 (dezesseis) dias de prisão simples, o que corresponde à exasperação, por esta Instância Revisora, na fração de 1/8 (um oitavo), quantum necessário à reprovação e prevenção do delito, a teor do que dispõe o art.59 do Código Penal.

Na segunda fase reconhecida a Atenuante de Confissão Espontânea e a Agravante de Reincidência, mantém-se a compensação entre ambas, realizada em Primeiro Grau, ficando a pena intermediária fixada em 16 (dezesseis) dias de prisão simples.

Na terceira e última fase à mingua de Causas de Diminuição ou de Aumento de Penas, fica a reprimenda concretizada em 16 (dezesseis) dias de prisão simples

- Do Crime de Ameaça (art.147 do Código Penal)

Na primeira fase verifica-se que após análise das Circunstâncias Judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, os Antecedentes e os Motivos do Crime foram aferidos desfavoravelmente ao Apelante, motivo pelo qual a pena -base foi fixada, em Primeira Instância, no importe de 02 (dois) meses de reclusão.

In casu,verifica-se que o Apelante possui Antecedentes Criminais, porquanto ostenta duas condenações criminais com trânsito em julgado, das quais uma deve ser considerada para a aferição desfavorável da referida Circunstância Judicial (Antecedentes), enquanto a outra deve ser reservada para a segunda etapa de dosagem, enquanto Agravante de Reincidência (art.61, I, do CP).

No entanto, os Motivos não extrapolaram aqueles normais à espécie, razão pela qual devem ser aferidos favoravelmente ao Apelante.

- Da Pena de Reclusão

Vê-se, ainda, que, ao invés de se aplicar a pena de detenção, conforme previsto no preceito secundário do art.147 do Código Penal, o Juízo a quo fixou reprimenda de reclusão.

Desse modo, diante da ausência de previsão legal para a fixação de reclusão ao delito de ameaça (art.147 do CP). a modificação para a pena de detenção é medida que se impõe.

Dessa forma, sendo apenas os Antecedentes desfavoráveis ao Apelante, deve a pena -base ser reduzida ao importe de 01 (um) mês e 03 (três) dias de detenção, o que corresponde à exasperação, por esta Instância Revisora, na fração de 1/8 (um oitavo), quantum necessário à reprovação e prevenção do delito, a teor do que dispõe o art.59 do Código Penal.

Na segunda fase reconhecida a Atenuante de Confissão Espontânea e a Agravante de Reincidência, mantém-se a compensação entre ambas, realizada em Primeiro Grau, ficando a pena intermediária fixada em 01 (um) mês e 03 (três) dias de detenção.

Na terceira e última fase, à mingua de Causas de Diminuição ou de Aumento Penas, fica a reprimenda concretizada em 01 (um) mês e 03 (três) dias de detenção.

- Do Crime de Lesão Corporal (art.129, §9°, do CP)

Na primeira fase verifica-se que após análise das Circunstâncias Judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, os Antecedentes os Motivos e as Consequências do Crime foram aferidas desfavoravelmente ao Apelante, motivo pelo qual a pena -base foi fixada, em Primeira Instância, no importe de 06 (seis) meses de detenção.

In casu, verifica-se que o Apelante possui Antecedentes Criminais, porquanto ostenta duas condenações criminais com trânsito em julgado, das quais uma deve ser considerada para a aferição desfavorável da referida Circunstância Judicial (Antecedentes), enquanto a outra deve ser reservada para a segunda etapa de dosagem, enquanto Agravante de Reincidência (art.61, I, do CP)

No entanto, os Motivos e as Consequências do Crime não extrapolaram aquelas normais à espécie, razão pela qual devem ser aferidos favoravelmente ao Apelante.

Dessa forma, sendo apenas os Antecedentes desfavoráveis ao Apelante, deve a pena-base ser reduzida ao importe de 03 (três) meses e 11 (onze) dias de detenção, o que corresponde à exasperação, por esta Instância Revisora, na fração de 1/8 (um oitavo), quantum necessário à reprovação e prevenção do delito, a teor do que dispõe o art.59 do Código Penal.

Na segunda fase reconhecida a Atenuante de Confissão Espontânea e a Agravante de Reincidência, mantém-se a compensação entre ambas, realizada em Primeiro Grau, ficando a pena intermediária fixada em 03 (três) meses e 11 (onze) dias de detenção.

Na terceira e última fase, à mingua de Causas de Diminuição ou de Aumento Penas, fica a reprimenda concretizada em 03 (três) meses e 11 (onze) dias de detenção.

- Do Concurso Material de Crimes

Tendo em vista o regramento contido no art.69 do Código Penal (Concurso Material de Crimes), deve-se manter a somatória das reprimendas aplicadas aos delitos supostamente perpetrados pelo Apelante - art.21 do Dec Lei 3.688/41 (por duas vezes), art.147 e art.129, §9°, ambos do Código Penal - as quais ficam concretizadas definitivamente no importe de 04 (quatro) meses e 14 (quatorze) dias de detenção e 01 (um) mês e 02 (dois) dias de prisão simples.

Esta Corte tem entendido que a dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou ilegalidade, o que não se constata na hipótese.

Sobre a suposta violação ao artigo 59 do Código Penal, em razão da utilização de condenação com trânsito em julgado posterior aos fatos para valorar

negativamente os antecedentes, verifica-se que o Tribunal de origem não analisou a questão, o que configuraria ausência de prequestionamento. Todavia, como a questão foi posta no recurso de apelação (fl. 157) e nos embargos de declaração (fls. 231/232), tenho que houve prequestionamento, na forma do art. 1.025 do Código de Processo Civil – CPC.

Entretanto, da análise dos trechos acima transcritos, verifica-se que as penas-base foram elevadas, na primeira fase da dosimetria, ante a valoração negativa dos antecedentes, uma vez que o recorrente ostenta duas condenações criminais com trânsito em julgado, das quais, uma foi considerada para valoração negativa dos antecedentes e a outra, na segunda etapa de dosimetria, para agravar a pena pela reincidência. Embora na certidão de antecedentes criminais (fls. 99/101) conste apenas uma condenação com trânsito em julgado anterior aos fatos apurados no presente processo (22/06/2013 - fl. 265), verifica-se a existência de condenação por fatos anteriores (04/2/2011), com trânsito em julgado posterior (30/01/2015), nos autos da Ação Penal n. 0026972-55.2011.8.13.0625 14/03/2011 (fl. 99).

Assim, verifica-se que inexiste ilegalidade na dosimetria da pena aplicada ao recorrente, uma vez que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que *"a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado"* (AgRg no AREsp n.º 1.073.422/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017). Cito precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÕES POR FATOS ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO ILÍCITO EM EXAME. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESNECESSÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7/STJ.*
>
> *I - As condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal em destaque, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem, à toda evidência, para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes.*
>
> *II - A análise da quaestio, in casu, não perpassa pelo exame do conjunto probatório, pois delineados todos os aspectos fáticos*

da conduta praticada pelo réu, ensejando, destarte, tão-somente, a adequação da dosimetria da pena, pelo que não incide a Súmula 7/STJ.

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1752146/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 17/09/2018).

RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. PENA-BASE. FATOS ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE. EMPREGO DE ARMA. FACA. QUALIFICADORA. EXCLUSÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. CONCESSÃO.

1. Esta Corte tem entendimento reiterado de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não sirva para configurar reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado.

[...]

5. Recurso provido, com concessão de habeas corpus de ofício (REsp 1711015/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 31/08/2018).

Ante exposto, conheço do agravo e, com fundamento no Enunciado da Súmula n. 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator