AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.471.536 - DF (2019/0086774-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	ELIVELTON FERREIRA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por ELIVELTON FERREIRA DA SILVA contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que inadmitiu o seu recurso especial.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 26 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 180, §§ 1º e 2º e do art. 304, c/c o art. 297, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

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

Interposto recurso especial com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, esse não foi admitido pela instância de origem, ensejando a presente insurgência, na qual o recorrente sustenta que o óbice indicado na decisão objurgada não incidiria na hipótese dos autos.

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

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da insurgência e, caso conhecida, pelo desprovimento.

É o relatório.

No recurso especial a defesa sustenta violação ao art. 59 do Código Penal, pretendendo, em síntese, a revisão da dosimetria da pena, sob o argumento de que as instâncias ordinárias equivocaram-se ao valorar negativamente a circunstância judicial da personalidade para exasperar a reprimenda básica.

Devidamente impugnada a decisão combatida, merece exame o inconformismo.

Acerca da apontada ilegalidade na sanção inicial estabelecida na origem, para melhor compreensão da controvérsia oportuno transcrever trecho do acórdão recorrido, *in verbis*:

> *"A irresignação da Defesa refere-se somente à dosimetria de pena.*
> *<u>Dosimetria</u>*
> *I) <u>Crime de receptação</u>*
> *(Artigo 180, §§ 1º e 2º, do Código Penal)*
> *Na primeira etapa de dosagem da pena, ao analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a douta autoridade sentenciante considerou desfavoráveis*

os antecedentes e a personalidade do réu, fixando a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, nos seguintes termos (fl. 348):

> *No que se refere aos antecedentes, utilizo a condenação de f. 127 (autos n° 244-3/2009) para exasperar a pena mínima em 1/6.*
>
> *(...)*
>
> *A personalidade é voltada à prática criminosa, pois o réu possui mais de uma condenação transitada em julgado além daquela utilizada como maus antecedentes, isso sem falar nas ações penais em curso em outras unidades da federação, razão pela qual utilizo as condenações nos processos 2014.12.1.006077-6 (f. 131) e autos n° 3955-9/2012 (f. 125) para exasperar a pena mínima em 1/6.*

Apesar de não haver inconformismo quanto aos antecedentes, verifica-se da respeitável sentença que o eminente Juiz utilizou-se da incidência penal descrita na fl. 127 (autos n° 244-3/2009) para exasperar a pena, como fundamento da valoração negativa da referida circunstância judicial. Diante disso, mantenho a análise desfavorável descrita.

No tocante a personalidade, requereu a douta Defesa seu decote, asseverando que a eminente autoridade sentenciante baseou-se tão somente na existência de incidências penais pretéritas do acusado. Salientou, ainda, que a tal aumento de pena revelou-se demasiado e desproporcional.

Sem razão.

Correta a valoração negativa da personalidade, uma vez que pode ser fundamentada na existência de condenações com trânsito em julgado por fatos anteriores ao que se examina (fl. 125), conquanto não seja usada a mesma condenação empregada para fins de reincidência ou antecedentes. […]

[…]

Assim, mantêm-se como negativas as circunstâncias judiciais referentes aos maus antecedentes e à personalidade.

Em relação ao "quantum" de aumento da pena decorrente da avaliação negativa das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, vale salientar que é realizado segundo a discricionariedade do Juiz após analisar todo o contexto do crime, de modo que deve ser privilegiado o seu entendimento se não fixada a

> *pena-base em patamar nitidamente ínfimo ou, ao contrário, exacerbado, pois não há regras objetivas, critérios matemáticos tampouco fração indicada na lei para incidir nessa fase.*
> *Na hipótese, o intervalo de pena previsto para o delito de receptação qualificada é de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão. O aumento efetivado por duas circunstâncias judiciais, em 1/6 para cada uma, observa o princípio da proporcionalidade.*
> *[…]*
> *II) Crime de uso de documento público falso*
> *(Artigo 304 c/c artigo 297, ambos do Código Penal)*
> *Na primeira fase, a autoridade sentenciante julgou desfavoráveis as circunstâncias judiciais referentes aos antecedentes e à personalidade do réu, fixando a pena-base em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, pelos mesmos motivos fundamentados no crime de receptação narrado acima, utilizando-se da fração de aumento em 1/6 (um sexto) para cada uma delas.*
> *Requereu a douta Defesa o decote da valoração desfavorável da personalidade, asseverando que a eminente autoridade sentenciante baseou-se tão somente na existência de incidências penais pretéritas do acusado. Salientou, ainda, que a tal aumento de pena revelou-se demasiado e desproporcional.*
> *Sem razão.*
> *Considerando os mesmos fundamentos dispostos na dosimetria do crime de receptação, mantêm-se as valorações negativas e o "quantum" da pena-base fixado para o delito de uso de documento público falso."* (e-STJ fls. 518/521)

Sobre o tema, sabe-se que a aplicação da pena-base 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.

Assim, 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 oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal.

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

Na hipótese em apreço, as instâncias ordinárias, ao exasperarem a pena-base, consideraram como negativos os vetores antecedentes e personalidade, por

ostentar o réu anteriores condenações.

Todavia, no que diz respeito à valoração desfavorável da personalidade o fundamento é inidôneo, porquanto, nos termos da recente jurisprudência deste Sodalício, *"as condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base, a título de valoração negativa da conduta social e personalidade, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes, na primeira fase da calibragem, se o caso"* (HC 474.860/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018), o que impõe o decote da referida circunstância.

Nesse sentido, confira-se julgado da Terceira Seção desta Corte:

> *EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMISSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO COMO AMICUS CURIAE: DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA.* ***VALORAÇÃO NEGATIVA DE MAUS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE. RÉU QUE OSTENTA MÚLTIPLAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DECOTE DA VETORIAL PERSONALIDADE.*** *RECURSO PROVIDO.*
> *[...]*
> ***2. Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte.***
> ***3. A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social).***
> ***Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social.***
> ***4. Havendo uma circunstância judicial específica destinada à valoração dos antecedentes criminais do réu, revela-se desnecessária e "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). Tal diretriz passou a ser acolhida mais recentemente pela colenda Sexta Turma deste Tribunal: REsp 1760972/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018 e HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019. Uniformização jurisprudencial consolidada.*
> *5. In casu, a condenação imposta ao recorrente aumentou sua pena-base acima do mínimo legal, valorando, indevidamente, tanto no delito de lesão corporal (129, § 9º, do Código Penal) quanto no de ameaça (art. 147, CP), sua personalidade e seus maus antecedentes com base em diferentes condenações criminais transitadas em julgado.*
> *6. Extirpada a vetorial da personalidade, na primeira fase da dosimetria, remanesce ainda, em ambos os delitos, a vetorial "antecedentes criminais", o que justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal.*
> *7. Embargos de divergência providos, para, reformando o acórdão recorrido, dar provimento ao agravo regimental do réu e, por consequência, conhecer de seu agravo e dar provimento a seu recurso especial, reduzindo, as penas impostas ao recorrente na proporção do aumento indevidamente atribuído ao vetor "personalidade", na primeira fase da dosimetria.*
> *(EAREsp 1311636/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019)*

Na mesma direção, os seguintes precedentes das Quinta e Sexta Turmas deste Tribunal:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. VALORAÇÃO DA QUALIFICADORA REMANESCENTE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CONDUTA SOCIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 444/STJ. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PENA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[...]*
> *5. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de*

inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

6. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu 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 inadequada.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a valoração negativa da conduta social e, por consectário, reduzir a pena aplicada ao paciente a 42 anos e 9 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

(HC 475.436/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. ***PERSONALIDADE DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.*** *ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*

1. O Tribunal a quo não apresentou motivação idônea para valorar negativamente a vetorial da personalidade na primeira fase de dosimetria da pena, haja vista que, para tanto, considerou tão somente a existência de "condenação transitada em julgado por fato anterior".

2. Filio-me ao entendimento segundo o qual a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime.

3. A exasperação da pena pela consideração desfavorável do vetor da personalidade deve ser realizada com fundamentos próprios e diversos daquela relativa aos antecedentes - como não poderia deixar de ser, tendo em vista que esses vetores foram previstos distintamente pelo legislador no art. 59, caput, do Código Penal. Aquela deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito, enquanto esta deve ser analisada considerando-se o seu histórico criminal. Referidos vetores, portanto, não se confundem.

4. O legislador conferiu ao julgador maior discricionaridade - mesmo que ainda vinculada aos parâmetros legais - ao não prever um quantum mínimo ou máximo para a exasperação da pena-base. Cabe à prudência do (da) Magistrado (a) fixar, com a devida fundamentação e dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, o patamar que entender mais adequado e justo ao caso concreto.

> *5. Com o permissivo da lei, é legítimo que o (a) Magistrado (a), na hipótese de haver mais de uma condenação transitada em julgado em desfavor do réu, eleve a pena, por exemplo, acima do patamar de 1/6 (um sexto), tendo em vista que a existência de múltiplas sentenças penais definitivas denotam que seus antecedentes lhe são mais desfavoráveis. Respeita-se, concomitantemente, o princípio da legalidade e da individualização da reprimenda. Precedentes.*
> *6. Ante o exposto, CONCEDO a ordem de habeas corpus a fim de reformar o acórdão impugnado tão somente para decotar, na primeira fase de dosimetria, a valoração negativa da circunstância judicial referente à personalidade, ficando a pena final quantificada em 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa.*
> *(HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019)*

Desse modo, verificada a inadequação parcial da análise das circunstâncias judicias previstas no art. 59 do CP, merece ser reformado o acórdão objurgado para que sejam reduzidas as reprimendas básicas, que devem ser exasperadas no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, em razão da permanência da consideração negativa dos antecedentes do agravante.

Passando-se à nova dosimetria, tem-se a sanção inicial, nos termos da decisão ora exarada, fixada em 3 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 12 dias-multa em relação ao crime de receptação qualificada e em 2 anos e 4 meses, mais pagamento de 12 dias-multa, no que se refere ao delito do art. 304, c/c o art. 297, ambos do CP.

As penas permanecem inalteradas na segunda e na terceira etapas, ante a inexistência de causas que as modifiquem.

Em razão do concurso material de crimes, somam-se as reprimendas, que resultam na pena definitiva de 5 anos e 10 meses de reclusão, em modo semiaberto, e pagamento de 24 dias-multa.

Ante o exposto, **conhece-se do agravo para dar provimento ao recurso especial**, nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea *c*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a fim de redimensionar a pena total do agravante para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 24 dias-multa.

Ficam mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 07 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator