

# Superior Tribunal de Justiça

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.831.974 - TO (2019/0241137-5)

**RELATOR** : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR  
**RECORRENTE** : HENRIQUE BARROS SANTOS  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS

### EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 E 33, § 1º E § 2º, B, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE NO DESVALOR DOS VETORES JUDICIAIS DA PERSONALIDADE (AÇÕES PENAIS EM CURSO) E DAS CIRCUNSTÂNCIAS (ESCALADA COM DANIFICAÇÃO DE PATRIMÔNIO). PARCIAL PROCEDÊNCIA. INIDONEIDADE DO FUNDAMENTO ATINENTE À PERSONALIDADE. UTILIZAÇÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. JURISPRUDÊNCIA DIVERSA DA 3ª SEÇÃO DO STJ (EARESP N. 1.311.636/MS, DJE 26/4/2019). PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E PECUNIÁRIA REDIMENSIONADAS. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE INIDONEIDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PELA INSTÂNCIA *A QUO*. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.

Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, provido, em parte, nos termos do dispositivo.

### DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Henrique Barros Santos**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Tocantins na Apelação Criminal n. 0002391-37.2019.827.0000.

Na sentença de fls. 130/133, o Juízo singular condenou o recorrente, como incurso nas iras do artigo 155, § 1º, e § 4º, I e II, do Código Penal, com a causa de aumento de pena do § 2º, II, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 70 dias-multa.

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 138/150).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo (fls. 190/200).

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - FURTO QUALIFICADO (ART. 155, §§ 1º e 4º, I e II, DO CPB) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA DEFESA - PRINCÍPIO DA

# Superior Tribunal de Justiça

INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RÉU REINCIDENTE. ESCALADA - INCIDÊNCIA REPOUSO NOTURNO - DECOTE - INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO COM A REDUTORA DO § 2º DO ART. 155, DO CP. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

- O crime foi praticado durante o repouso noturno, mediante o rompimento de obstáculo e por meio de escalada, o que obsta a aplicação do princípio da bagatela ao caso em apreço, diante da maior reprovabilidade da conduta.

- Na esteira de precedentes do STJ, a realização de perícia técnica não constitui o único meio probatório hábil para a demonstração da sua materialidade, podendo esta ser suprida por outros meios de prova capazes de informar o convencimento do Julgador.

- *In casu*, restou devidamente comprovado através de testemunhas e dos policiais militares que o réu escalou a casa da vítima e de lá subtraiu seus objetos danificando as telhas que a guarneciam, não havendo dúvidas de que a subtração se deu em período noturno, mediante rompimento de obstáculo.

- Inviável o pleito de exclusão das qualificadoras, ante a comprovação da autoria, materialidade e tipicidade do delito.

- Houve o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea por ter confessado durante o interrogatório. Assim, o magistrado atenuou a pena em seis meses.

- A reprimenda foi mantida em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 70 (setenta) dias, ao fazer a compensação da majorante do repouso noturno com a redutora do § 2º do art. 155, do CP.

- Ao ser colocado em liberdade no dia 20 de março de 2017, o recorrente voltou a ser preso no dia 6 de maio de 2017 por outro crime de furto. O réu também é portador de maus antecedentes, de modo que a fixação do regime fechado é a medida que se impõe.

- Recurso provido.

O recorrente aponta que *o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça manteve a condenação do recorrente infringindo o disposto nos art. 59 do Código Penal no que se refere à valoração negativa da circunstância judicial "personalidade" e "circunstâncias judiciais" de forma inidônea, bem como a correção do regime prisional aplicado em desconformidade ao art. 33, §§ 1º e 2º, alínea "b", do Código Penal e o quantum aplicado à pena do recorrente em desrespeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo devida a redução da pena base (fl. 217).*

Assevera, de início, quanto à exasperação da pena-base que *merece reforma o acórdão condenatório no que se refere à imputação ao Recorrente de pena muito acima do mínimo legal, devendo ser respeitados os preceitos de proporcionalidade e razoabilidade. [...] O excelso Tribunal manteve na íntegra a sentença de primeira instância utilizando, portanto, idêntica justificativa fixada pelo juízo de primeira instância, neste sentido manteve negativamente duas circunstâncias judiciais, quais*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*sejam a personalidade do agente e as circunstâncias do crime. [...] Ocorre que, entendeu o Tribunal que o fato de o recorrente estar respondendo a outras ações penais seria suficiente para valorar a personalidade deste, entretanto, tal proceder fere de morte o princípio da presunção de inocência. Ora, inquéritos policiais e ações penais ainda em curso não podem nem ao menos valorar negativamente os antecedentes do réu, menos ainda a personalidade do agente. [...] Como é sabido, a circunstância judicial da personalidade do agente deve ser valorada a partir da realização de um retrato psíquico do agente, fora deste parâmetro técnico tudo se resume a mera suposição, ou opinião leiga, portanto, não bastando a consideração vaga, genérica e descolada de qualquer elemento concreto extraído dos autos no sentido de que o réu é agressivo ou voltado a prática de crimes (fl. 221).*

*Destaca ainda, no ponto, que do mesmo modo, data vênia, incorreta a valoração negativa das circunstâncias do crime, uma vez que fora utilizada unicamente a informação de que o crime teria sido praticado mediante escalada e rompimento de obstáculo o que, contudo, não fora comprovado mediante perícia técnica. [...] E mais, tal circunstância é qualificadora do delito, por conseguinte, não deve ser utilizada para valorar a pena-base, mormente quando não estão presentes elementos idôneos a ensejar a maior aplicação de juízo de reprovabilidade da conduta do agente que ateste o seu modus operandi (fl. 223).*

*Aduz, de forma subsidiária, que uma vez realizada a valoração correta das circunstâncias judiciais na primeira fase da pena, a defesa entende não haver motivação idônea a justificar o estabelecimento do regime mais gravoso, não havendo como estabelecê-lo. Tendo em vista a quantidade de pena aplicada seria cabível a aplicação de regime semiaberto. [...] Assim, deverá ser corrigido o regime inicial para o cumprimento da pena, sendo certa ao Recorrente a aplicação do regime semiaberto sob pena de violação ao art. 33, §§ 1º e 2º, alínea "b", do Código Penal (fl. 223).*

*Ao final da peça recursal, o recorrente pede o conhecimento e provimento do recurso para que seja reformada a pena-base ora aplicada, devendo a reprimenda permanecer no mínimo ou mais próxima ao mínimo previsto, já que esta medida guarda relação com a justiça na aplicação da pena, que de forma desarrazoada permaneceu*

# Superior Tribunal de Justiça

*muito acima do mínimo trazendo ao Recorrente grande prejuízo, bem como deverá ser corrigido o regime inicial de cumprimento da pena (fl. 224).*

Oferecidas contrarrazões (fls. 227/232), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 234/240).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento ou, caso conhecido, pelo desprovimento da insurgência (fls. 249/257).

RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. MODIFICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REVOLVIMENTO DAS CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E PERSONALIDADE DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 33, §§ 1º E 2º, E 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.

1. A desconstituição do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, diante de suposta contrariedade à lei federal, buscando a modificação das circunstâncias judiciais e o abrandamento do regime prisional, não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material de prova, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias, soberanas no exame do conjunto fático-probatório.

2. As circunstâncias do delito e a personalidade delitiva, evidenciadas pelo modo como o crime foi praticado, pela reiteração em crimes contra o patrimônio e pelo reconhecimento da comunidade de que o agente vive de pequenos furtos, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a fixação do regime fechado, para início de cumprimento da pena.

3. Parecer pelo não conhecimento ou, acaso conhecido, pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório.

Quanto ao pedido de redução de pena-base, atinente às aludidas valorações negativas dos vetores judiciais da personalidade e das circunstâncias do crime, extrai-se da sentença condenatória e do combatido aresto os seguintes trechos (fls. 132 e 196 – grifo nosso):

[...]

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

- Primeira fase - Da fixação da pena base (art. 59 do CP).

Atendendo as 08 (oito) circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal temos:

1º Circunstância judicial - Culpabilidade - Não desfavorável - Trata-se de um juízo de reprovação que recai sobre o agente. Esta circunstância judicial não pode ser considerada em desfavor do acusado em razão do fato não ter ultrapassado o disposto em seu tipo penal;

# *Superior Tribunal de Justiça*

2º Circunstância judicial - Antecedentes - Favorável - Maus antecedentes tem aquele que tem contra si sentença penal condenatória sem força mais de gerar a reincidência. Assim, esta circunstância judicial é favorável ao condenado, pois não há registro nos autos de qualquer condenação penal anterior, sem o condão de gerar a reincidência;

3º Circunstância judicial - Conduta social - Não desfavorável - Revela-se por seu relacionamento no meio em que vive, família, amigos, trabalho. Esta circunstância judicial não é desfavorável ao condenado já que não há nos autos qualquer prova em sentido contrário;

**4º Circunstância judicial - Personalidade do agente - DESFAVORÁVEL - É o caráter de uma pessoa humana, sua índole, seu temperamento. Esta circunstância judicial é desfavorável ao condenado, já que responde ele a outras ações penais nesta comarca, já citadas, também por crimes contra o patrimônio, possuindo fama na comunidade em que vive de sempre cometer pequenos delitos neste sentido;**

5º Circunstância judicial - Motivos do crime - Não desfavorável - São as razões que moveram o agente para a prática criminosa, sendo valorados negativamente apenas nos casos em que se extrapolam os previstos no tipo penal, o que não é o caso dos autos;

**6º Circunstância judicial - Circunstâncias do crime - DESFAVORÁVEL - É o modo de agir do criminoso, que influenciando na gravidade de delito não compõe o tipo penal. Entendo que esta circunstância é ao condenado desfavorável já que ele de fato escalou a casa da vítima e de lá subtraiu seus objetos danificando as telhas que a guarneciam;**

7º Circunstância judicial - Consequências do crime - Não desfavorável - São os efeitos da conduta praticada. Não houve consequências ao corpo físico da vítima, e seu patrimônio foi devolvido à maioria, à exceção do celular, cujo valor é de pena monta;

8º Circunstância judicial - Comportamento da vítima - Não desfavorável - Aqui busca-se saber se houve ou não uma possível provocação da vítima. Como a vítima do crime é a coletividade de forma genérica, não há como desvalorar.

Deste modo, e **considerando a amplitude penal das sanções previstas no art. 155 do Código Penal, reclusão, de 02 (dois) a 08 (oito) anos, e multa, fixo a pena base em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 90 (oitenta) dias multa, a razão de um trinta avos do salário mínimo nacional por dia multa.**

[...]

**Adentrando a análise dosimétrica, verifica-se que de igual modo, a sentença não merece qualquer reparo. Vejamos.**

Na primeira fase, **ao analisar as circunstâncias judiciais, o douto Magistrado de Primeiro Grau considerou como desfavoráveis Personalidade do agente os antecedentes do réu, que, de fato, possui outras ações penais nesta comarca, já citadas, também por crimes contra o patrimônio, possuindo fama na comunidade em que vive de sempre cometer pequenos delitos neste sentido e Circunstâncias do crime - por ter escalado a casa da vítima e de lá subtraiu seus objetos danificando as telhas que a guarneciam, elevando a pena -base a 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 90 (oitenta) dias multa.**

[...]

Da leitura dos trechos acima transcritos, verifica-se que parcial razão assiste ao recorrente.

# Superior Tribunal de Justiça

Quanto ao vetor judicial das circunstâncias do crime - *escalou a casa da vítima e de lá subtraiu seus objetos danificando as telhas que a guarneciam* -, as instâncias ordinárias colacionaram fundamentos concretos e aptos a justificar a exasperação da pena-base.

Contudo, quanto à personalidade, melhor sorte socorre ao recorrente, porquanto o entendimento das instâncias ordinárias está em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, haja vista a ilegalidade da utilização de antecedentes criminais com o desiderato de valorar negativamente a referida circunstância judicial.

Com efeito, *a Corte de origem não adotou fundamentos idôneos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal com relação à personalidade e à conduta social, porquanto o juiz sentenciante utilizou os antecedentes criminais do paciente para aumento sob esses vetores e também a título de maus antecedentes, configurando indevido bis in idem. Por isso, a sanção imposta deve ser reduzida* (HC n. 449.353/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/8/2018 – grifo nosso).

Manifestando-se acerca da presente matéria, em recente julgado, a Terceira Seção desta Corte Superior, assim dispôs:

**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.**

1. O *amicus curiae* atua, no processo, como um verdadeiro colaborador da justiça, cuja intervenção se justifica na necessidade de se abrir o diálogo jurídico à sociedade, haja vista a existência de questões que ultrapassam os interesses meramente das partes. Possibilita-se, outrossim, o debate não apenas jurídico, mas também metajurídico, qualificando-se as informações dos autos, a fim de contribuir para decisões com maior legitimidade democrática, por meio de um processo cooperativo. Sua admissão no processo penal (art. 3º do CPP), no entanto, a par dos requisitos descritos no art. 138 do CPC/2015 (relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia), é pautada fundamentalmente na sua aptidão de contribuir para a elucidação do tema objeto de controvérsia, tendo em conta sua expertise e/ou experiência no campo de atuação relacionado à questão analisada no bojo do

processo, sem descuidar da necessidade de manutenção da paridade de armas, de maneira a não agravar a situação processual do réu. Não se revela útil a admissão de outro Ministério Público estadual como *amicus curiae* se a instituição já se encontra suficientemente representada pelo Ministério Público estadual que deu início à ação penal e figura como recorrido nos embargos de divergência, bem como pelo Ministério Público Federal, ambos com possibilidade de se manifestar nos autos e fazer uso da palavra por ocasião do julgamento, tanto mais quando a única contribuição referente ao mérito da controvérsia trazida pelo pretendo interveniente foi a citação de precedentes desta Corte sobre o tema, o que não configura argumentação inédita apta a trazer uma nova luz sobre a questão. De outro lado e tendo em conta que a instituição do Ministério Público é uma, nada impede o acompanhamento da questão pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em reforço à interpretação defendida pela acusação, mas sempre em colaboração com o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, ora recorrido.

**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,

# *Superior Tribunal de Justiça*

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 n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 26/4/2019 – grifo nosso).

Dessa forma, necessário o afastamento da desconsideração da personalidade, impondo-se, portanto, o redimensionamento das penas privativa de liberdade e pecuniária do recorrente.

Na primeira fase da dosimetria, reduz-se a pena-base de 4 anos e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 90 dias-multa (fl. 132) a 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 50 dias-multa.

Na etapa intermediária, ante o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, do Código Penal), preserva-se a redução da pena-base em 6 meses e 20 dias-multa, chegando à pena provisória de **2 anos e 10 meses de reclusão, mais pagamento de 30 dias-multa**, pena esta que se torna definitiva em razão do quanto delineado pelas instâncias ordinárias na terceira fase da dosimetria.

Por fim, o recurso não comporta conhecimento, quanto à aludida inidoneidade da fixação do regime prisional mais grave, notadamente porque a instância ordinária não se manifestou acerca do referido pedido.

Com efeito, tal matéria não foi objeto do recurso de apelação e, consequentemente, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, o que faz incidir a Súmula 282/STF, que obsta, no ponto, o conhecimento do recurso por falta de prequestionamento.

A propósito:

**PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALEGADA NULIDADE NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. AGRAVO IMPROVIDO.**

**1. O prequestionamento constitui requisito de admissibilidade do recurso especial, ainda que se trate de matéria de ordem pública.**

2. Ainda que a violação de lei federal ocorra no julgamento do acórdão recorrido, é indispensável a oposição de embargos de declaração para que o Tribunal de origem se manifeste sobre a tese jurídica que se pretende suscitar no



# *Superior Tribunal de Justiça*

recurso especial.

3. Agravo regimental improvido.

(AgInt no REsp n. 1.677.791/GO, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 12/9/2018 – grifo nosso).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, II e III, do RISTJ, **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe parcial provimento** para, tão somente, afastar a valoração negativa do vetor judicial da personalidade, redimensionando as penas privativas de liberdade e pecuniárias do recorrente nos termos da presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator