

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.881 - PA (2019/0337196-1)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**RECORRENTE : MARQUIMANIS SEVERO DA SILVA (PRESO)**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ**

## DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MARQUIMANIS SEVERO DA SILVA, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 105):

*EMENTA: APELAÇÃO PENAL. ART. 180, CAPUT, CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRETENDIDA REANÁLISE DA DOSIMETRIA PENAL, PARA QUE A PENA BASE SEJA IMPOSTA EM SEU MÍNIMO LEGAL, BEM COMO PARA QUE SEJA RECONHECIDA E APLICADA A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA AO PRESENTE CASO, REDEFININDO O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO OU SEMIABERTO. PRETENSÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. PENA BASE IMPOSTA DE FORMA JUSTA, TENDO EM VISTA A EXISTÊNCIA DE UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL AO RÉU. REONHECIDA [SIC] A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E APLICADA AO CASO PARA DECOTAR DA PENA BASE QUATRO MESES, REDEFININDO A PENA FINAL PARA OUTRO PATAMAR. REDEFINIDO TAMBÉM O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA PARA O SEMIABERTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.*

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 120/125), alega a parte recorrente violação do artigo 59 do Código Penal e da Súmula n. 444/STJ.

Sustenta, em síntese, o afastamento do desvalor atribuído à vetorial atinente à conduta social, na primeira fase da dosimetria da pena, sob o argumento de que ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea para avaliar a mencionada circunstância judicial.

# Superior Tribunal de Justiça

Pugna, ao final, pela fixação da pena-base no mínimo legal.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 129/153), o recurso foi admitido pela Corte *a quo* (e-STJ fls. 157/158).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, nesta instância, opinou pelo provimento do recurso, consoante parecer assim ementado (e-STJ fl. 183):

**RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. OCORRÊNCIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL DO RECORRENTE. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444/STJ. PELO PROVIMENTO DO RECURSO.**

1. *Não é possível a exasperação da pena-base com fundamento em ação penal em andamento, uma vez que caracteriza violação ao princípio da não culpabilidade, conforme disposto no enunciado n. 444 da Súmula do STJ.*
2. *Parecer pelo conhecimento do recurso especial para dar-lhe provimento.*

É o relatório. **Decido.**

O recurso é tempestivo e a matéria foi devidamente prequestionada.

Passo, então, à análise do mérito.

No que concerne à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

*Ademais, é importante consignar que a confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, e nada impede que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*tanto* (STF – RHC n. 101576, Rel. Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, public. 14/8/2012).

No mesmo sentido, o seguinte precedente desta Corte Superior:

*PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/3/2016. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA EM AUDIÊNCIA. TERMO DE APELAÇÃO OU DE RENÚNCIA RECURSAL. DESNECESSIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*XI - As instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram sobretudo a grande quantidade de entorpecente apreendido com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, o que está de acordo com o entendimento desta Corte, repiso, mais de meio tonelada de maconha (695kg).*

*XII - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, ressalto, por oportuno, "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto." (AgRg no REsp 1433071/AM, Sexta Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). Habeas corpus não conhecido. (HC 445.299/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,*

# Superior Tribunal de Justiça

julgado em 19/6/2018, DJe 28/6/2018).

Na espécie, a Corte *a quo* assim se manifestou para manter a valoração negativa atribuída à circunstância judicial atinente à conduta social (e-STJ fls. 106/107):

[...]

*O juiz de primeiro grau, quando da dosimetria penal do apelante, fls. 41/42, expos [sic] a mesma [sic] nos seguintes termos:*

**DA DOSIMETRIA DO ACUSADO MARQUIMANIS SEVERO DA SILVA**

*Circunstâncias judiciais*

*(Artigo 59, do Código Penal Brasileiro)*

*Culpabilidade: Não foi revelado nos autos maior intensidade do dolo, ou maior reprovabilidade na conduta do agente, tendo sido a conduta do agente praticada com a ilicitude trivial para os crimes da mesma espécie.*

*Antecedentes: o acusado não possui antecedentes conhecidos nos autos, haja vista que não possui contra si sentença transitada em julgada além da que será considerada para efeito de reincidência.*

***Conduta Social: O acusado possui contra si outras duas ações penais em andamento, sendo uma delas nesta comarca, o que revela maior reprovabilidade na conduta social do agente, que mostra ter conduta social voltada para a delinquência;***

*Personalidade do Agente: Não há elementos nos autos suficientes para que se possa ponderar o quesito em questão;*

*Motivos: inexistem elementos nos autos que caracterizem motivos específicos para a prática do delito, restando apenas aqueles oriundos do próprio tipo;*

*Circunstâncias: Foram comuns às do crime desta natureza.*

*Consequências: Não informações nos autos acerca dos prejuízos sofrido [sic] pela vítima;*

*Comportamento da vítima: em nada influenciou na consumação do crime. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, há muito, entendimento no sentido de que*

# Superior Tribunal de Justiça

*tal circunstância não pode ser utilizada para exasperar a pena base (REsp 1368671/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014).*

***Assim, pelas considerações acima, fixo a pena base acima de seu mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão - sendo um ano referente à pena mínima e 04 meses referente à exasperação da pena pela conduta social desfavorável, calculada em 1/8 sobre o intervalo entre a pena mínima e a máxima estipulada no preceito secundário do tipo penal do artigo 180, do Código Penal Brasileiro - e a 53 (cinquenta e três) dias multas, sendo esta fixada proporcionalmente nos mesmos termos da fixação da pena base da pena privativa de liberdade.***

*[...]*

***Em que pese a argumentação inicial da defesa de que a dosimetria penal, no que tange a sua primeira fase, tenha sido procedida de forma equivocada pelo juiz sentenciante, analisando o que foi exposto acima, vejo que a pena base foi devidamente dosada em patamar adequado, pois a conduta social do apelante realmente não pode ser considerada em seu favor, devendo, assim, permanecer a pena base imposta pelo magistrado a quo no importe que foi fixado na sentença recorrida, qual seja, 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão.***

*[...]. - grifei*

Como se extrai dos autos, a exasperação da pena-base decorreu do desvalor atribuído a uma única circunstância judicial (conduta social), tendo o Tribunal local asseverado, com base na certidão de antecedentes criminais, que *[...] a conduta social do apelante realmente não pode ser considerada em seu favor [...]* (e-STJ fl. 107).

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC 272.126/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma,

# Superior Tribunal de Justiça

julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC 297.450/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

Na espécie, verifico que a conduta social foi negativamente sopesada com base na existência de 2 (duas) ações penais em andamento (e-STJ fl. 106).

Acerca da matéria, é firme o entendimento desta Corte Superior no sentido de que, considerando o princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos da Súmula n. 444/STJ (*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*).

Ademais, ainda que houvesse, na hipótese vertente, mais de uma condenação definitiva – o que não é o caso –, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EARESP n. 1.311.636, realizado em 10/4/2019, por maioria, firmou precedente segundo o qual as diversas condenações pretéritas devem ser atreladas apenas aos maus antecedentes, pois *constitui, no mínimo, uma atecnia entender que as condenações transitadas em julgado refletem negativamente na personalidade ou na conduta social do agente. Isso sem contar que é dado ao julgador atribuir o peso que achar mais conveniente e justo a cada uma das circunstâncias judiciais, o que lhe permite valorar de forma mais enfática os antecedentes criminais do réu com histórico de múltiplas condenações definitivas*.

Destarte, considerando que a mensuração negativa da moduladora da conduta social não encontra lastro em elementos concretos e aptos a amparar o afastamento da pena-base do mínimo legal, referida vetorial deverá ser decotada.

# Superior Tribunal de Justiça

Constato, ainda, de ofício, ilegalidade decorrente da não compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria das penas, sendo necessária, no ponto, a concessão de *habeas corpus*.

Com efeito, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C, c/c o § 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que *é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência*. Abaixo, ementa do referido julgado:

*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.*

*1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.*

*2. Recurso especial provido. (REsp 1341370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013).*

Dessa forma, em consonância com o entendimento proferido no julgamento acima, sob o rito do art. 543-C, c/c o § 3º do CPC, considerando que são igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, deve ser realizada a compensação integral.

Passo a refazer a dosimetria da pena do acusado, mantidos os demais critérios das instâncias de origem.

Na primeira fase, afastada a valoração negativa da vetorial atinente à conduta social, fixo a pena-base no mínimo legal, isto é, em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na segunda etapa, realizo a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, mantendo a

# *Superior Tribunal de Justiça*

pena intermediária tal como fixada na fase anterior. Na terceira etapa, ausentes causas de aumento e/ou de diminuição de pena, torno a pena definitivamente fixada em **1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa**.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ e na Súmula 568/STJ, **dou provimento** ao recurso especial, para afastar a valoração negativa atribuída à circunstância judicial atinente à conduta social. **Concedo a ordem de *habeas corpus*** para realizar a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, redimensionando as penas do recorrente MARQUIMANIS SEVERO DA SILVA para 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator