

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.844.412 - PA (2019/0316500-5)**

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
**RECORRENTE : EDIVAN SILVA DOS SANTOS (PRESO)**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ**

**EMENTA**

PENAL. PROCESSUAL PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VETORES NEGATIVADOS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. PROCESSO EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 444/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por **EDIVAN SILVA DOS SANTOS** contra acórdão do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, assim ementado (fls. 159-160) :

*"EMENTA: APELAÇÃO PENAL. CRIME DE TENTATIVA DE LATROCÍNIO. ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.*

*1. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE AO PATAMAR MÍNIMO LEGAL: IMPOSSIBILIDADE. AO COMPULSAR OS AUTOS, VERIFIQUEI QUE O JUÍZO A QUO ANALISOU DE FORMA ESCORREITA AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL, VALORANDO NEGATIVAMENTE OS VETORES CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS DISPONÍVEIS NOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 23 DESTE EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REPRIMENDA CORPORAL APLICADA EM ESTRITA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE, NÃO HAVENDO RAZÃO PARA MODIFICAR O QUANTUM DA PENA APLICADA NO ÉDITO CONDENATÓRIO ORA VERGASTADO.*

*2. APLICAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO NA FRAÇÃO DE 1/6: IMPOSSIBILIDADE. O CÓDIGO PENAL NÃO PREVÊ, PARA AS ATENUANTES PERCENTUAL MÍNIMO OU MÁXIMO A SER UTILIZADO COMO REDUTOR, DE MANEIRA QUE PODE O JUIZ FAZER USO DA DISCRICIONARIEDADE, COMINANDO O REDUTOR QUE SE*

*MOSTRA MAIS ADEQUADO AO CASO CONCRETO, RESPEITANDO A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE, BEM COMO OS LIMITES ABSTRATOS DA PENA. ASSIM, ENTENDO COMO RAZOÁVEL A REDUÇÃO OPERADA PELO MAGISTRADO MONOCRÁTICO QUO NO CASO CONCRETO.*

*3. TENTATIVA. APLICAÇÃO DO PATAMAR MÁXIMO PARA REDUÇÃO DA PENA: IMPOSSIBILIDADE. A REDUÇÃO DA PENA EM VIRTUDE DA TENTATIVA DEVE CORRESPONDER AO TRECHO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO PELO AUTOR DO FATO CRIMINOSO. PRECEDENTES. NA HIPÓTESE, VERIFICANDO OS VÁRIOS ATOS EXECUTÓRIOS PRATICADOS PELO ORA APELANTE, QUE EFETUOU VÁRIOS DISPAROS DE ARMA DE FOGO CONTRA O VEÍCULO DA VÍTIMA, NÃO ALCANÇANDO O SEU INTENTO POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS A SUA VONTADE, ENTENDO SER PERFEITAMENTE ADEQUADA A INCIDÊNCIA DA REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA NA FRAÇÃO MÍNIMA PREVISTA DE 1/3 (UM TERÇO), NÃO HAVENDO RAZÃO PARA MODIFICAR O QUANTUM FUNDAMENTADAMENTE APLICADO PELO JUÍZO A QUO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNANIMIDADE."*

Consta dos autos que o ora recorrente foi condenado, em primeiro grau, como incurso nas sanções do artigo **157 § 3º, c.c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal**, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa (fls. 92-101).

O eg. Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa (fls. 159-173).

Interposto recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, a defesa alegou violação ao **art. 59 do Código Penal**.

Para tanto, assinala, em apertada síntese, a inexistência de fundamentação quanto à negatização dos vetores da personalidade e conduta social para exasperação da pena-base, porquanto o acórdão vergastado considerou tão-somente a existência de um processo criminal por tráfico de drogas, em andamento.

Requeru-se, ao final, o provimento do apelo nobre para a fixação da

pena base no mínimo legal.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 197-204), o apelo nobre foi admitido na origem (fls. 207-208).

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo provimento do recurso especial (fls. 219-222).

É o relatório.

**Decido.**

No que concerne à **dosimetria da pena**, quanto à **valoração negativa** das circunstâncias judiciais **da personalidade e da conduta social**, o Tribunal de origem decidiu (fls.163-165):

*"1. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE AO PATAMAR MÍNIMO LEGAL:*

*Argumentou a combatente defesa que o juízo singular incidiu em erro no julgamento ao exasperar a pena imposta ao ora apelante, com fundamentação inidônea das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal atinentes à conduta social e personalidade do agente, requerendo, assim a sua fixação no patamar mínimo legal culminado ao tipo.*

*Adianto, todavia, que a pretensão recursal em epígrafe não merece prosperar, conforme será demonstrado.*

*[...]*

*Para melhor análise do caso, transcrevo trecho do édito condenatório ora vergastado, no que concerne à dosimetria da pena aplicada pelo juízo a quo:*

*(...). a) PRIMEIRA FASE: Circunstâncias Judiciais - Art. 59, CPB. I - O réu agiu com culpabilidade normal ao tipo em comento, pelo que considero circunstância neutra. II - Nesta ocasião, deve-se esclarecer que somente serão consideradas as condenações definitivas por crime anterior a prática do fato descrito nos autos e que não impliquem em reincidência, o que não ocorre in casu, conforme se verifica à fl. 27 dos autos. III - **Quanto a conduta social e personalidade do denunciado, entendo ser voltada à prática delitiva, considerando que o referido responde a processo criminal por crime de tráfico de entorpecentes, em andamento na 3ª Vara Criminal de Marituba. Assim, considero desfavorável esta circunstância.** IV - O motivo do delito se constitui pelo desejo de obtenção do lucro fácil, o qual já é punido pela própria atipicidade e previsão do delito, de acordo com a própria objetividade jurídica dos crimes contra o patrimônio, sendo considerada neutra esta circunstância. V*

- As circunstâncias em que se deu o crime são típicas à espécie. VI - As consequências são comuns ao tipo. VII - O comportamento da vítima em nada contribuiu para a ocorrência do delito, não devendo ser valorada esta circunstância. Ante a existência de circunstância judicial desfavorável, fixo a PENA-BASE EM 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO e ao pagamento de 35 (trinta e cinco) dias -multa no valor de 1/30 (um trigésimo do salário mínimo) vigente à época do fato. a) SEGUNDA FASE: Circunstâncias Atenuantes e Agravantes. Inexistem circunstâncias agravantes. Há, entretanto, a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, inc. III, alínea do CP), pelo que reduzo a pena em 6 meses, fixando a pena intermediária em 07 (SETE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE 30 DIAS -MULTA no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário -mínimo vigente à época do fato. c) TERCEIRA FASE: Causas de aumento e de diminuição. Incide a causa de diminuição de pena prevista no art. 14, inc. II, do CPB, em razão de ter sido o crime praticado na modalidade tentada, pelo que reduzo a pena em 1/3, consoante fundamentação retro. ASSIM, FIXO EM DEFINITIVO AO RÉU EDIVAN SILVA DOS SANTOS a pena de 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO e pagamento de 20 dias -multa no valor de 1/30 (um trigésimo do salário -mínimo) vigente à época do fato, a ser cumprida em REGIME SEMIABERTO, atendendo ao disposto no art. 33, § 2º, 'b, do CP. (...). (fls. 83-84).

Com efeito, verifica-se que o magistrado singular, na 1ª fase de dosimetria da pena, observando as premissas do artigo 59 do Código Penal, fixou a pena -base no patamar de 8 anos de reclusão, além do pagamento de 35 dias -multa, como sendo o suficiente para a prevenção e reprovação do crime de tentativa de latrocínio, **valorando negativamente as circunstâncias judiciais relativas à conduta social e personalidade do agente.**

Na 2ª fase, não foram reconhecidas circunstâncias agravantes da pena. Contudo, o magistrado a quo reconheceu a incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea (artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal), reduzindo a pena na fração de 6 meses, razão pela qual a pena intermediária fora fixada no patamar de 7 anos e 6 meses de reclusão e 30 dias -multa.

Na 3ª fase, não foram reconhecidas causas de aumento da pena. Incidiu n espécie a causa de diminuição de pena relativa a tentativa (artigo 14, inciso I Código Penal). sendo reprimida a pena na fração de 1/3. Assim, a pena em definitivo fora estabelecida no patamar de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, ao pagamento de 20 dias -multa, a 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato delituoso, pelo crime de tentativa de latrocínio (artigo 157, § 3º, in fine, c/c artigo 14, II, ambos do Código Penal).

É de conhecimento comum que no primeiro estágio da individualização da pena privativa de liberdade o julgador dispõe da chamada discricionariedade juridicamente vinculada: "sem desprender-se do dever de motivação da sua decisão, concretiza a pena - base com relativa subjetividade, sem poder, contudo, desbordar da quantidade mínima e máxima abstratamente

*cominada no tipo legal" [...]*

*[...]*

*Na hipótese vertente, observei que o Juízo sentenciante se reportou aos elementos de prova disponíveis nos autos para indicar motivadamente a aferição desfavorável dos vetores conduta social e personalidade do agente, devidamente atento ao que preconiza o artigo 93, inciso IX, da Carta Magna de 1988 (princípio do dever de motivação das decisões judiciais), razão pela qual a dosimetria da pena aplicada na r.sentença ora contrastada deve ser mantida irretocada.*

*Nesse contexto, a escorreita valoração negativa dos vetores conduta social e personalidade do agente, autorizam a fixação da reprimenda basilar acima do patamar mínimo, mormente porque é cediço que a presença de um único vetor desfavorável já se revela suficiente para elevar a pena -base acima do patamar mínimo, com fulcro no que estabelece a Súmula nº 23 deste Eg. Tribunal de Justiça:*

*'A aplicação dos vetores do art. 59 do CPB obedece a critérios quantitativos e qualitativos, de modo que, existindo a aferição negativa de qualquer deles, fundamenta-se a elevação da pena base acima do mínimo legal'.*

*Além disso, convém lembrar que não incide na 1ª fase da dosimetria da pena parâmetros rígidos ou fixos para definição da quantidade da reprimenda, a qual, como dito alhures, segue a regra da discricionariedade vinculada, orientada pelo princípio da razoabilidade, exatamente como se verifica na hipótese dos autos.*

*[...]*

*Nessa ordem de ideias, estando devidamente comprovada a autoria do delito narrado na denúncia e que a aplicação da pena fora feita observando-se os critérios legais previsto no Código Penal, bem como que a dosagem da reprimenda, observou as circunstâncias do caso concreto, não deve ser acolhida a alegação do apelante, mantendo-se inalterada a reprimenda básica proferida pelo juízo a quo.*

*Por tais motivos, não acolho a pretensão recursal em tela."*

*Da leitura dos excertos do acórdão vergastado, não se vislumbra fundamentação idônea para a exasperação da pena-base quanto aos vetores da personalidade e conduta social.*

*Em relação a este tema, faz-se necessário observar que a operação de dosimetria da pena está vinculada ao conjunto fático-probatório dos autos. Desse modo, a revisão do cálculo pelas instâncias superiores depende da constatação de*

ocorrência de ilegalidade flagrante, que justifique a revisão da pena imposta a partir da adequada valoração dos fatos e provas que delineiam as circunstâncias peculiares de cada caso concreto.

É preciso ter presente que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que *"a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada"* (HC n. 137.769/SP, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Roberto Barroso**, julgado em 24/10/2016).

Na mesma linha, esta Corte tem assentado o entendimento de que a dosimetria da pena é atividade inserida no âmbito da atividade discricionária do julgador, atrelada às particularidades de cada caso concreto. Desse modo, cabe às instâncias ordinárias, a partir da apreciação das circunstâncias objetivas e subjetivas de cada crime, estabelecer a reprimenda que melhor se amolda à situação, admitindo-se revisão nesta instância apenas quando for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que deverá haver reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

De se ressaltar que no tocante à **personalidade e conduta social**, o acórdão vergastado se encontra dissonante da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que perfilha da orientação no sentido de que **inquéritos e ações penais em curso não servem para exasperar a pena basilar**.

Na hipótese dos autos, tais vetores foram negativados uma vez que o recorrente responde a um outro processo criminal pelo crime de tráfico de entorpecentes, em andamento na 3ª Vara Criminal de Marituba/PA (fl. 99)

Na espécie, incide o enunciado da Súmula 444/STJ, segundo a qual *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"* (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010).

Ilustrativamente:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PENA-BASE. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL. LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AÇÃO PENAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO.*

*1. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.*

*2. O fato de o denunciado ter sido preso em flagrante enquanto gozava liberdade provisória concedida nos autos de outro processo-crime, no qual não havia sido proferida sentença condenatória transitada em julgado, não justifica o incremento da pena-base, em especial pela valoração negativa da conduta social do agente.*

*3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 1.781.590/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 14/05/2019).*

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. PRESENÇA DE DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO NÃO VALORADAS A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. AUMENTO MANTIDO. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO DA REPRIMENDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 444/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

*2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.*

*Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das*

*circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.*

3. *A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, independentemente de perícia.*

4. *A conduta social, por sua vez, corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental.*

5. *A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, recentemente, passou a entender que a presença de condenações transitadas em julgado não constitui fundamentação idônea para se possa concluir que a personalidade do agente é voltada à prática criminosa, bem como para certificar a inadequação de sua conduta social.*

6. *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."***

7. *Deve ser afastada a valoração negativa dos vetores "personalidade" e "conduta social", ficando, porém, mantido o aumento a título de maus antecedentes pelas duas condenações transitadas em julgado não valoradas como reincidência.*

8. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer a pena do paciente em 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, mais 17 dias-multa" (HC n. 472.150/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 13/11/2018).*

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.**

**ROUBO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. ANTECEDENTES. PRESENÇA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL.**

**VALORAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS COMETIDAS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**



**ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processo 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."

4. 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.

5. No caso, as instâncias ordinárias expressamente justificaram a valoração negativa dos antecedentes com base em uma condenação com trânsito em julgado, relativa a fato anterior. Contudo, **a personalidade e a conduta pessoal fundaram-se em processos em curso, sem trânsito em julgado, o que denota flagrante ilegalidade, consoante demonstrado supra, sendo, pois, inviável sua utilização como fatores de incrementação da pena-base.**

6. **Deve ser afastada a valoração negativa da personalidade do réu e da sua conduta social, ficando, porém, mantida a pena-base acima do piso legal pelos maus antecedentes, bem como pelas circunstâncias e consequências do crime.**

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para afastar a valoração negativa dos vetores "personalidade" e "conduta social", determinando ao Juízo das Execuções que proceda à nova dosimetria das penas" (HC n. 448.101/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 02/10/2018).*

Feitas as considerações sobre a dosimetria penal, passo a redimensionar a pena-base.

Na primeira fase, decoto os vetores negativados da personalidade e da conduta social, fixando a pena-base no mínimo legal, de **7 (sete) anos de reclusão** e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Na segunda fase, ausente agravantes e presente a atenuante da confissão espontânea, mantenho a pena em 7 (sete) anos de reclusão, e 25 (vinte e cinco) dias multa, em razão da Súmula 231/STJ.

Na terceira fase, em face à incidência da causa de diminuição do art. 14, inciso II, do Código Penal, reduzo a pena em 1/3 (um terço), para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto para o desconto da reprimenda.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial, **nos termos da fundamentação retro**.

P. e I.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator