AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.575.444 - ES (2019/0264982-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE	:	NEUZENI BOTELHO FALCAO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. SÚMULA 444/STJ. INCIDÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado por **NEUZENI BOTELHO FALCÃO** contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Na origem, o ora agravante foi condenado à pena de **1 (um) ano e 7 (sete) meses de reclusão**, em regime inicial **aberto**, além do pagamento de 20 (vinte) dias multa, como incurso nas sanções do artigo 155, **caput**, do Código Penal (fls. 113-120).

Em sede recursal, o eg. Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa, para manter a sentença condenatória recorrida. O acórdão foi ementado nos seguintes termos (fl. 183):

> ***"APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 155 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. PRESTÍGIO AO CARÁTER DE PREVENÇÃO INDIVIDUAL DA SANÇÃO PENAL. NEGAR PROVIMENTO***
>
> *1. Do exame referente a primeira fase da dosimetria, redundou como desfavorável a Ré os antecedentes, tendo o Magistrado apresentado a fundamentação concreta ao indicar o*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 34DD8306-B36F-40BB-870C-50C52744ED43

número do processo cuja condenação transitada em julgado foi empregada em tal desiderato.

2. Não houve o reconhecimento da reincidência, quando da segunda fase da dosimetria, o que poderia ensejar o chamado bis in idem.

3. O posicionamento prevalente nos Tribunais Superiores, reiteradamente adotado nesta Câmara, consigna que a existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a fixação da pena base acima do mínimo legal.

4. Recurso ao qual se nega provimento."

Opostos **embargos de declaração**, pela combativa defesa (fls. 190-193), foram eles rejeitados, à unanimidade de votos (fls. 197-202).

Interposto **recurso especial**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, a defesa alegou ofensa ao artigo 59, inciso III, do Código Penal, e ao artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal, ao argumento de que a negativação do vetor **antecedentes** para exasperação da pena-base carece de fundamentação idônea, porquanto o acórdão vergastado considerou a existência de 1 (um) processo que nem mesmo possui sentença penal condenatória.

Apresentadas as **contrarrazões** (fls. 217-219), sobreveio juízo negativo de admissibilidade fundado na aplicação da Súmula 7/STJ, pois a análise do acórdão recorrido implicaria em revolvimento de matéria fático-probatória (fls. 226-227).

Nas razões do **agravo**, postula-se o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários a sua admissão (fls. 232-236).

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **desprovimento** do agravo em recurso especial (fls. 256-260).

É o relatório.

Decido.

Tendo em vista os argumentos expendidos pela parte agravante

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 34DD8306-B36F-40BB-870C-50C52744ED43

para refutar os fundamentos da decisão de admissibilidade da origem, **conheço do agravo e passo a examinar o recurso especial**.

Como relato, a Defesa pretende o redimensionamento da pena-base, ao argumento de fundamentação inidônea no v. acórdão recorrido, diante da valoração negativa da vetorial **antecedentes**.

Com efeito, é preciso ter presente que os Tribunais Superiores têm entendido que a atividade de fixação da reprimenda é tarefa adstrita às instâncias ordinárias, a quem compete a apreciação do conjunto probatório e, conforme as peculiaridades de cada situação concreta, estabelecer a quantidade de sanção aplicável de modo a assegurar o respeito aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Sobre esse tema, o eg. 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.

Feitas essas considerações, **passo a analisar as motivações apresentadas pelas instâncias ordinárias para estabelecer a dosimetria da**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 34DD8306-B36F-40BB-870C-50C52744ED43

pena.

O eg. Tribunal **a quo**, no que importa ao caso, assim se manifestou sobre o ponto (fls. 186-187):

"*Quanto a pena aplicada, especificamente no que toca a análise das circunstâncias judiciais empreendida pelo Magistrado, verifica-se que este procedeu a um acurado exame das mesmas, percorrendo em detalhes o art. 59 do CP, conforme recomenda a melhor técnica.*

Do exame referente a primeira fase da dosimetria, redundou como desfavorável a Ré os antecedentes, tendo o Magistrado apresentado a fundamentação concreta ao indicar o número do processo cuja condenação transitada em julgado foi empregada em tal desiderato.

Não houve o reconhecimento da reincidência, quando da segunda fase da dosimetria, o que poderia ensejar o chamado bis in idem. Assim não há equívoco na valoração negativa dos antecedentes, evidenciando, de fato, a necessidade de tratamento jurídico distinto, em especial quando comparado com um indivíduo tecnicamente primário.

Tal entendimento prestigia o caráter de prevenção individual da pena, restando justificada a exasperação da pena base em 1 (um) ano.

Por oportuno, ressalta-se que o posicionamento prevalente nos Tribunais Superiores, reiteradamente adotado nesta Câmara, consigna que a existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a fixação da pena base acima do mínimo legal."

Da análise dos excertos acima transcritos, constata-se que o exame dos fundamentos expostos no v. acórdão vergastado para justificar o recrudescimento da pena-base, **em razão da negativação do vetor antecedentes**, evidenciam, quanto à matéria em foco, a inobservância da jurisprudência firmada nesta Corte sobre o tema, tendo em vista que foi considerado processo penal em andamento para negativar a referida vetorial.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica 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, a título de maus antecedentes, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, confira-se: "*[...] inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 34DD8306-B36F-40BB-870C-50C52744ED43

antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte)." (AgRg no AREsp 765.504/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 11/10/2017).

A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte, que dispõe: "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base*."

No mesmo sentido, colaciono os seguintes precedentes desta eg. Corte Superior:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. RECEPTAÇÃO. DOSIMETRIA.* ***EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSO EM CURSO. VIOLAÇÃO À SÚMULA 444/STJ****. CONDENAÇÃO POR CRIME PRETÉRITO, PORÉM COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA EM APURAÇÃO. POSSIBILIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO NUMÉRICA. VIOLAÇÃO AO ENUNCIADO N. 443/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento do ato, salvos os casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*
>
> *II -* ***Inquéritos ou ações penais em andamento não maculam o réu como detentor de maus antecedentes, tampouco com má conduta social e personalidade desvirtuada. Essa é a inteligência do enunciado sumular n.º 444/STJ, in verbis: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base".***
>
> *III - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, pode ensejar a exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes.*
>
> *[...]*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 34DD8306-B36F-40BB-870C-50C52744ED43

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício." (HC 500.446/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe 27/06/2019, grifei)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPTAÇÃO. ***PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA 444/STJ. NECESSIDADE DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO****. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS COMETIDAS. IMPOSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEVADO VALOR DA RECEPTAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

3. ***É pacífica a jurisprudência 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."***

[...]

13. Habeas corpus não conhecido." (HC 417.014/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 12/03/2018, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXTORSÃO (ART. 158, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ***DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ****. PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. RECURSO IMPROVIDO.*

1. ***Consoante orientação sedimentada nesta Corte***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 34DD8306-B36F-40BB-870C-50C52744ED43

> ***Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte).***
>
> *2. A jurisprudência deste Sodalício entende que a pena-base só pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada, circunstância não verificada no caso em exame, na medida em que utilizadas considerações abstratas e inerentes ao tipo penal violado para justificar a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal.*
>
> *3. Agravo regimental improvido."* (AgRg no AREsp 765.504/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 11/10/2017, grifei)

À vista do exposto, faz-se necessário, portanto, se refazer a dosimetria da pena do recorrente.

Na **primeira fase**, a pena-base deve ser reduzida para **1 (um) ano**, ou seja, no mínimo legal, tendo em vista a inexistência de qualquer circunstância judicial desfavorável prevista no art. 59 do Código Penal.

Na **segunda fase**, embora tenha havido o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal), inviável sua diminuição nesta fase, a teor do que dispõe o óbice contido na Súmula n. 231/STJ.

Por fim, na **terceira fase**, não há causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, pelo que torno definitiva a pena em **1 (um) ano de reclusão**, em regime inicial **aberto**, mantida a substituição da reprimenda corporal por penas **restritivas de direitos** realizada pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, **c**, do Regimento Interno do STJ, **conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial** para determinar o redimensionamento da pena-base nos termos acima expostos.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 34DD8306-B36F-40BB-870C-50C52744ED43

P. e I.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2019.

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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 34DD8306-B36F-40BB-870C-50C52744ED43