AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.547.625 - AM (2019/0220876-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE	:	RAMON RIBEIRO GARCIA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PERSONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA NEUTRA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. CONDUTA SOCIAL. REITERAÇÃO DELITIVA. **FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA**. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NA EXTENSÃO, DAR PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo de **RAMON RIBEIRO GARCIA** em face da decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas**, assim ementado (fl. 179):

> *"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI 11.313/06. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CONDUTA SOCIAL. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA REFORMA DA SENTENÇA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PARCIAL PROVIMENTO.*
>
> *1. Presentes os pressupostos constitutivos do crime, estando demonstradas e constituídas as provas de autoria e materialidade do delito, a alegação de negativa do delito é ineficaz, devendo, no entanto, ser considerada normal e admitida pelo ordenamento jurídico*
>
> *2. Na fixação da pena-base no delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06, a conduta social do agente, quando valorada negativamente para exasperar em 2 (dois) anos acima do mínimo legal, não encontra égide na razoabilidade ou na proporcionalidade*
>
> *3. Na aplicação das Agravantes, em que pese a*

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: 725C46F2-72F8-41B6-AAB5-94971DE3E888

ausência de quantum estabelecido pelo Código Penal, ter como parâmetro as causas de aumento e diminuição é critério razoável e suficiente para a reprimenda, de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

4. Recurso parcialmente provido."

O **juízo singular** condenou o agravante como incurso nas sanções dos artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, às penas de **08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais ao pagamento de 850 (oitocentos e cinquenta) dias-multa** (fls.138-143).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, com vistas à reforma da sentença condenatória. No eg. Tribunal de origem, o recurso foi parcialmente provido para reduzir a reprimenda para **07 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa** (fls. 179-185).

No **recurso especial**, interposto com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, a defesa alega ofensa aos artigos 59 e 68, ambos do Código de Processo Civil e 381, ambos do Código de Processo Penal, ao argumento de ausência de fundamentação idônea para exasperação da pena-base. Pleiteia-se, assim, pela redução da reprimenda.

Aduz que *"Diante de tais fundamentos, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua vaioração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base. Noutro giro, sobre a "conduta social" prevista como circunstância judicial, esta deve levar em consideração o comportamento do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e em convivência com outros."* (fl. 199).

Contrarrazões às fls. 204-215, o recurso especial foi inadmitido pelo Tribunal de origem em razão do óbice da **Súmula 7 do STJ**, pois a análise do acórdão recorrido implicaria em revolvimento de matéria fático-probatória (fls.217-220)

Nas razões do agravo, postula-se o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários a sua admissão (fls. 224-230.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do

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: 725C46F2-72F8-41B6-AAB5-94971DE3E888

agravo para dar provimento ao recurso especial (fls. 251-256).

É o relatório.

Decido.

Tendo em vista os argumentos expendidos pela parte agravante para refutar os fundamentos da decisão de admissibilidade da origem, **conheço do agravo e passo a examinar o recurso especial**.

Nas razões do **recurso especial**, como relatado, a defesa alega a lei federal, em especial o art. 59 do Código Penal, sob o fundamento de inexistência de circunstâncias judicias desfavoráveis e de ausência de fundamentação idônea para exasperação da pena-base no tocante aos vetores da **personalidade** e **conduta social**.

Para melhor delimitação do tema a ser analisado, trago à colação excerto do v. acórdão reprochado, **verbis** (flS. 183-184, grifei):

"*02.08. Com efeito, da leitura deste trecho da Sentença é possível verificar que* ***a pena-base foi elevada em 2 (dois) anos, sendo levado em consideração tão somente a conduta social do agente****, tendo em vista a reiteração delitiva evidente, demonstrando que o acusado, em um pequeno espaço de tempo, já teria se envolvido novamente em práticas criminosas, levando a atividade ilícita como meio de vida.*

02.09. Ocorre que, mesmo com razão em exasperar a pena-base, a circunstância judicial da conduta social, de per si, não poderia justificar o aumento, em dois anos, da pena-base do crime do art. 33 da Lei 11.343/06.

02.10. Do mesmo modo, verifica-se que o agravamento da pena em 1 (um) ano e 6 (seis) meses em relação à reincidência demonstra clara desproporcionalidade na dosimetria aplicada.

02.11. Dessa forma, assiste razão o Apelante no que se refere aos pedidos de reformulação da dosimetria da pena Passo então à reformar a Sentença no que se refere à primeira e segunda fase da dosimetria

02.12. Sabe-se que os elementos constantes no art. 59 são denominados circunstâncias judiciais porque a lei não os define, mas deixa a cargo do julgador a função de identificá-los e mensurá-los concretamente.

02.13. Nessa esteira, ao tratar de conduta social, Cezar Roberto Bitencourt, com sabedoria, ensina que:

"Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida

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: 725C46F2-72F8-41B6-AAB5-94971DE3E888

recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social."

02.14. Dessa forma, percebe-se que ***a Sentença apresentou, adequadamente, os motivos de aplicação da circunstância judicial de maneira desfavorável, pois, de fato, o Apelante demonstrou uma reiteração delitiva evidente, mostrando, em um pequeno espaço de tempo, que se envolveu em outras práticas criminosas, dando sinais de que leva atividade ilícita como meio de vida****.*

02.15. Ocorre que a exasperação, na sentença, foi feita em 2 (dois) anos. ***Sendo a única circunstância judicial valorada desfavoravelmente, a fixação da pena-base 1 (um) ano acima do mínimo legal seria razoável e proporcional ao caso em concreto****. Assim, na primeira fase da dosimetria, estabelece-se, a título de reforma, a pena-base em 6 (seis) anos e 600 (seiscentos) dias-multa."*

Pois bem.

Sobre este tema, 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. R**oberto Barroso,** julgado em 24/10/2016).

O Pretório Excelso também entende não ser possível para as instâncias superiores reexaminar o acervo probatório para a revisão da dosimetria, exceto em circunstâncias excepcionais, já que, ordinariamente, a atividade dos Tribunais Superiores, em geral, e do Supremo, em particular, deve circunscrever-se "*ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades*" (HC n. 128.446/PE, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, julgado em 15/9/2015).

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

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: 725C46F2-72F8-41B6-AAB5-94971DE3E888

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.

In casu, verifico que a pena-base foi aumentada apenas em razão da valoração negativa **da conduta social**, entendendo o eg. Tribunal de origem pela correta fundamentação, mas pela desproporcionalidade do aumento.

O recorrente, como se verifica da análise das razões recursais do especial, aponta a valoração negativa da personalidade embora esta circunstância tenha sido considerada neutra, o que evidencia a deficiência na fundamentação do recurso no ponto, atraindo, dessa forma, a **Súmula 284/STF**.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. EXAME DA PROVA POR PARTE DA CORTE LOCAL. CONFIRMADA A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVA. SÚMULA 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. RECEPTAÇÃO. CABE À DEFESA APRESENTAR PROVA ACERCA DA ORIGEM LÍCITA DO BEM. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284 DO STF. REGIME INICIAL. TEMA PREJUDICADO.*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Observa-se que não há negativa de prestação jurisdicional, porquanto o acórdão recorrido dirimiu a causa com base em fundamentação sólida, sem nenhuma omissão ou contradição. Na verdade, apenas resolveu a celeuma em sentido contrário ao pretendido pela parte insurgente. Ademais, o órgão julgador não está obrigado a responder questionamentos das partes, mas apenas a declinar as razões de seu convencimento motivado, o que de fato ocorre nos autos.*
>
> *2. No sistema de valoração das provas do processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento*

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: 725C46F2-72F8-41B6-AAB5-94971DE3E888

motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente. 2.1. A Corte local, de forma minudente, examinou a prova dos autos e afirmou a presença de elementos que atestam a materialidade e a autoria delitiva. Ciente disso, o acolhimento do inconformismo, segundo as alegações vertidas nas razões do especial, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, situação vedada pela Súmula 7 do STJ.

3. Não há se falar em violação ao art. 155 do CPP, pois o juízo condenatório foi firmado em depoimentos colhidos judicialmente e em laudos periciais.

3.1. Com efeito, "a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova" (AgRg no HC 331.384/SC, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017).

4. Alegação de cerceamento de defesa. A fundamentação apresentada no recurso se mostra deficiente, atraindo, assim, a incidência da Súmula 284 do STF. É importante ponderar que o recurso especial é reclamo de natureza vinculada e, dessa forma, para o seu cabimento, imprescindível que o recorrente demonstre de forma clara e objetiva de que modo o acórdão recorrido teria contrariado os dispositivos apontados como violados, sob pena de inadmissão.

5. A Quinta Turma desta Colenda Corte de Justiça, no julgamento do HC 440.962/SP, concedeu a ordem para determinar o início do resgate da pena no modo intermediário. Portanto, este ponto do recurso especial já se encontrava prejudicado.

6. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1774653/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 19/12/2018)

Por outro lado, com relação à **conduta social**, vale frisar que esta retrata o papel na comunidade, inserida no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança. No entanto, na hipótese, verifico que a fundamentação, como se colhe do v. acórdão, foi baseada na conduta voltada para prática de crimes.

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: 725C46F2-72F8-41B6-AAB5-94971DE3E888

Com efeito, a eg. Quinta Turma deste Sodalício deixou consignado que condenações pretéritas, ainda que transitadas em julgado, não constituem fundamentos idôneos a desabonar a personalidade ou a **conduta social do agente** (HC 366.639/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe 5/4/2017).

Na mesma toada:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. RECEPTAÇÃO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS TRANSITADAS EM JULGADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E DA CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. READEQUAÇÃO DA PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*
>
> *2. O refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.*
>
> *3. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.*
>
> *4. **Em recente julgado, esta Quinta Turma deste Sodalício deixou consignado que condenações pretéritas, ainda que transitadas em julgado, não constituem fundamentos idôneos a desabonar a personalidade ou a conduta social do agente** (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 5/4/2017).*
>
> *Na hipótese, verifico que a dosimetria merece reforma, com a readequação da pena-base, impondo-se 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: 725C46F2-72F8-41B6-AAB5-94971DE3E888

afastamento da valoração negativa das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do agente, pois fundamentadas em sentenças condenatórias com trânsito em julgado.

5. Embora a pena final não tenha ultrapassado 4 anos de reclusão, a presença de circunstância judicial negativa e de reincidência possibilita a fixação do regime inicial fechado. Não incidência do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 12 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório." (HC 484.626/DF, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, DJe 15/02/2019, destaquei)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ATO INFRACIONAL E CONDENAÇÃO DEFINITIVA USADA PARA CONFIGURAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA E PROMOVIDA A COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, ***os atos infracionais anteriormente registrados pelo sentenciado, por não configurarem infrações penais, são inidôneos para subsidiar o aumento da pena-base, seja a título de maus antecedentes, personalidade desfavorável ou conduta social inadequada. - Esta Quinta Turma, em recente decisão, decidiu que é 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).*

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida

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: 725C46F2-72F8-41B6-AAB5-94971DE3E888

> *ex officio, para redimensionar as penas da paciente para 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação"* (HC n. 355.752/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 12/12/2017, grifei).

Assim, **decoto o vetor da conduta social, na dosimetria da pena-base**, porquanto as fundamentações são inadequadas e não trazem elementos concretos que justifiquem o incremento realizado.

À vista do exposto, faz-se necessário, portanto, refazer a dosimetria das penas do recorrente.

Na primeira fase, fixo a pena-base no mínimo legal, portanto, em 05 (cinco) anos de reclusão, mais ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, foi reconhecida a reincidência (fls. 142 e 184), aplicando-se 1/6, motivo pelo qual a pena resta estabelecida em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na terceira fase, ausente causa de aumento e diminuição, assim, torno definitiva a pena do recorrente no **quantum** de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, incisos II, alíneas **a** e **c**, do Regimento Interno do STJ, **conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial, e na extensão, dou provimento ao recurso especial**, nos termos da fundamentação retro.

P. e I.

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: 725C46F2-72F8-41B6-AAB5-94971DE3E888

Brasília (DF), 03 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: 725C46F2-72F8-41B6-AAB5-94971DE3E888