RECURSO ESPECIAL Nº 1.832.475 - DF (2019/0245149-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	FRANCISCO JUNIOR CARVALHO DE SENA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **FRANCISCO JUNIOR CARVALHO DE SENA**, com fulcro no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, de acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que o recorrente foi inicialmente condenado à pena de 4 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 139 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso nas sanções do artigo 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003.

Inconformada, a defesa apelou perante o TJDFT que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena pecuniária de 139 dias-multa para 14 dias-multa, no valor mínimo legal, mantida a sentença nos demais termos.

Essa a ementa do acórdão (e-STJ, fls. 236-237):

> "APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E DA CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. ACOLHIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. Inviável o acolhimento do pleito absolutório pelo crime previsto no artigo 16, caput, da Lei n° 10.826/2003, uma vez que há prova produzida em juízo capaz de corroborar os elementos de informação colhidos na fase inquisitiva, no sentido de que o acusado era o proprietário da arma de fogo localizada pela polícia no interior de seu veículo.
> 2. A jurisprudência admite a utilização de condenações definitiva anteriores para justificar a avaliação desfavorável dos antecedentes, da conduta social e da personalidade, além da incidência da agravante da reincidência, desde que não configurado o *bis in idem.*
> 3. A pena pecuniária deve seguir os mesmos critérios adotados para fixação da pena privativa de liberdade.
> 4. Recurso conhecido e parcialmente provido para, mantida a condenação do apelante nas sanções do artigo 16, *caput*, da Lei n° 10.826/2003, à pena de 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, reduzir a pena pecuniária de 139 (cento e trinta e nove) dias- multa para 14 (quatorze) dias -multa, no valor mínimo legal".

O recorrente alega contrariedade ao art. 59 do Código Penal. Afirma que

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: 6BA7C5FE-616F-42EB-8E80-D8FAA9EC21FB

houve falta de fundamentação na exasperação da pena-base.

Requer, assim, a redução da pena-base, com o redimensionamento das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 283-284).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 296-303).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

No que tange à alegada violação do art. 59 do Código Penal, observa-se que o Tribunal de origem avaliou negativamente os antecedentes, a personalidade e a conduta social do réu.

Confira-se a dosimetria da pena formulada pelo juiz de primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de origem:

> "De igual modo, mantém-se o exame desfavorável da **personalidade**.
> Embora já tenha me manifestado em sentido contrário, passei a adotar o entendimento majoritário em âmbito doutrinário e jurisprudencial de que a personalidade do réu pode ser aferida com base em elementos concretos dos autos.
> De fato, como foi a própria lei penal que incluiu o exame da personalidade do agente como circunstância a ser apreciada pelo julgador ao dosar a pena, sem exigir laudo oficial, conclui-se que a análise dessa circunstância judicial pelo Juiz deve ser leiga, baseada nos elementos do processo, sem que, necessariamente, o magistrado precise dispor de laudo oficial.
> [...]
> Assim, é prescindível, para a avaliação da circunstância judicial da personalidade do agente pelo Julgador, que haja, nos autos, laudo médico elaborado por psicólogo ou psiquiatra:
> [...]
> Na espécie, a circunstância judicial da personalidade foi corretamente valorada de forma negativa pela Magistrada *a quo* com fundamento na certidão de fls. 130/130v, que se refere à condenação criminal definitiva por fato anterior ao ora analisado.
> Em relação à circunstância judicial da **conduta social**, vinha perfilhando o entendimento de que a folha penal não poderia servir de base para a avaliação desfavorável desta circunstância judicial, que deveria ser extraída da projeção do indivíduo enquanto ser social.
> Contudo, observa-se que, embora o tema não seja pacífico, tornou-se majoritária, no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte, a corrente que defende ser possível, na hipótese de múltiplas condenações definitivas, a utilização de uma delas para a análise negativa 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: 6BA7C5FE-616F-42EB-8E80-D8FAA9EC21FB

> conduta social.
> [...]
> Portanto, alinhei meu posicionamento à corrente majoritária do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, no sentido de que condenações transitadas em julgado por fatos anteriores podem ser utilizadas para a valoração negativa da conduta social do agente.
> Dessa forma, deve ser mantida a valoração negativa da conduta social do réu com base na condenação transitada em julgado referente à certidão de fls. 131/131v.
> Mantém-se, assim, a análise desfavorável dos antecedentes, da personalidade e da conduta social." (e-STJ, fls. 245-250).

Contudo, a jurisprudência da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a existência de condenação definitiva não constitui fundamento idôneo para a valoração negativa da personalidade do réu e de sua conduta social.

Nesse sentido:

> "PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DOSIMETRIA. SÚMULA 444/STJ. MENÇÃO À PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA VALORAR NEGATIVAMENTE A PERSONALIDADE E A CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. RECURSO PROVIDO.
> 1. 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.
> 2. 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 violação do princípio constitucional da presunção da inocência. 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.'
> **3. Ainda que se tratasse de título condenatório transitado em julgado, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, alterou o seu posicionamento sobre o tema, tendo decidido que a existência de condenação definitiva não constitui fundamento idôneo para a valoração negativa da personalidade do réu e de sua conduta social.**
> 4. Recurso provido para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, devendo ser decotado o aumento correspondente à personalidade e à conduta social na primeira fase da primeira da individualização da reprimenda." (RHC 50.723/DF, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 22/09/2017; grifou-se).

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: 6BA7C5FE-616F-42EB-8E80-D8FAA9EC21FB

> "*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.
> 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.
> 2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.
> FURTO QUALIFICADO (ARTIGO 155, § 4º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERSONALIDADE. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. BIS IN IDEM. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO APTO A JUSTIFICAR A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA. DESPROPORCIONALIDADE DO *QUANTUM*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.
> 1. Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração para agravar a pena-base (enunciado n. 444 da Súmula desta Corte).
> 2. In casu, o paciente possui 2 (duas) condenações com trânsito em julgado em seu desfavor, consideradas na primeira etapa da dosimetria, situação que justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal.
> **3. Com efeito, nos termos da recente jurisprudência deste Sodalício, condenações com trânsito em julgado não podem ser consideradas na exasperação da pena-base em razão da personalidade do paciente, sendo necessário a existência de dados concretos suficientes para sua aferição.**
> 4. Dessa forma, justamente porque verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais, merece o acórdão impugnado ser reformado [...]." (HC 387.249/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017; grifou-se).

Portanto, a partir dos parâmetros estabelecidos pela instância de origem, passa-se à nova dosimetria da pena.

Diante da existência de uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base em 3 anos e 4 meses e 15 dias de reclusão, a qual torno definitiva, ante a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como, causas de aumento e diminuição.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial, para fixar a pena de 3 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, mantendo-se, no mais, o acórdão recorrido.

Publique-se. Intimem-se.

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: 6BA7C5FE-616F-42EB-8E80-D8FAA9EC21FB

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
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: 6BA7C5FE-616F-42EB-8E80-D8FAA9EC21FB